
UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 11 09 01 013 3

זהלצי"ב

ספר

דמשק אליעזר

חלק שני

חידושים וביאורים בענייני הלכה בימי הסנהדרין

מאתי **אליעזר** באאמו"ר המופלג ושנון תמים במעשיו יא"מ מוהר"ר **דוד יהודא** ז"ל, אב"ד דק"ק **האלינקא** יע"א.

ווילנא

בדפוס ר' יהודא ליב נ"י, ב'המחוקק מו"ה אליעזר ליפמאן כ"ץ ז"ל.
שנת **תרנ"ז** לפ"ק

ДАМЕСЕКЪ ЭЛІЕЗЕРЪ.

Разборъ нѣкоторыхъ еврейскихъ религіозныхъ узаконеній во время Синедріона. Часть 2.

Сос. Э. Ницбергъ.

ВИЛЬНА.
Въ типографіи Л. Л. Маца, на Квасномъ переулкѣ, д. № 1195/6 1897 г.

Дозволено цензурою 16 Ноября 1896 г. Вильна.



הקדמה

יתברך היוצר וישתבח הבורא ית"ש כעל כל טוב אשר גמלנו כרחמיו וכרוב חסדיו הגדולים עמנו ורב טובו לבית ישראל אשר נתן לנו תורת אמת זו תורה שבכתב וחיי עולם נטע בתוכינו זו תורה שבע"פ ויצונו ה' אלקינו לעשות כל החוקים הכתובים בהבל ימי חיינו לטוב לנו כל הימים ולחיותינו כהיום הזה כדכתיב בדברים ו' פסוק כ"ד וכהיום הזה אין לנו שיור כי אם התורה הזאת אשר חומה היא לנו מחסה ומגן בעדינו כל הימים וכמו שאמרו בילקוט בחקתי פ' כ"ו על פסוק ואף גם זאת כו' וכי מה נשתייר להם כו' נשתייר להם זה ס"ת כו' ומעת שגלינו מארצנו לא עזבנו אלקינו ואף דעברו כמה סבות ותלאות על אבותינו מ"מ אף דבר אחד מתורתינו הק' לא נתבטלה כדכתיב ויבוא יעקב שלם שלם בתורתו וכמבואר בשבת ל"ג ומעשה אבות סי' לבנים: **חסדי** ה' אזכיר תהלות ה' וכעל כל טוב אשר גמלני וברוב חסדיו הפליא עמדי וזכני לישב באהלי של תורה מעודי ועד היום הזה ולחדש חידושי תורה הראוין לאומרן ואמרו חז"ל אין לו להקב"ה בעולמו אלא ד' אמות של הלכה לכן הנני נותן הודאה על חלקי לשעבר אשר שם אותי מיושבי בית המדרש ומבקש על להבא שבתי בבית ה' כל ימי חיי: **וזה** בערך ז' שנים שהראני ה' חסדו להוציא לאור ראשית פרי תנובתי ספרי דמשק אליעזר על הלכות דיינים כללי תפיסה והלכות עדות וב"ה שנתקבל ספרי בעיני גאוני הדור והוטבו בעיניהם החידושים שלי וכמה גדולים אמרו לי להוציא לדפוס יתר החידושים שלי מהל' הלואה ואילך וגם מי יודע מה יולד יום ע"כ אמרתי אל לבי להעלות את יתר חידושי על מזבח הדפוס מבלי לחכות עוד על ימים הבאים ואני מוציא לאור בע"ה כעת את חידושי על שאר הלכות מהלכות הלואה ואילך עד גמירא וכמעשהו בדמשק אליעזר הראשון כן מעשהו בספרי דמשק אליעזר השני בע"ה ואקוה לה' כי כל המעיין בספרי והוגה בו בעינים טהורות ואיש בר לבב ברעיונות ישרות בלא קנאה ושנאה איבה ותחרות ימצא ויראה בו כמה דברים טובים ויהי' לו תועלת גדול מספרי. ועתה אודה ה' בכל לבב אשר הגדיל חסדו עמדי והחייני וקיימני לזמן הזה ואני תפלה לאל חי יה"ר שיתקבלו דברי בעיני חכמי דורנו והנני נותן הודאה לעבר ומתפלל על להבא אנא ה' כאשר עזרתני עד כה ברחמיך הרבים כן בל תעזבני לעד ותחזקני ותאמצני בחסדך העצומים להבין ולהשכיל ללמוד וללמד ולזכות בכתר תורה"ק בשלימות דכתיב כי הוא חייך ואורך ימיך והם חיי עולם. והש"י יאריך ימי ליתן לי הרוחה ויזכני להדפיס החידושים שחדשתי ומה שאחדש אי"ה ויתן לי מהלכים בין עמודי הד"ת וההוראה ולא אכשל ח"ו בדבר הלכה ואזכה לישב בארבע אמות של הלכה הליכות עולם ונזכה כלנו לאור חיי הנצחי ולעבדו ביראה ובטהרה וכדכתיב יראת ה' טהורה עומדת לעד וכן נזכה לשמוח בתוה"ק ובמצותינו לעולם ועד וצדקותינו תעמוד לעד ודבר ה' לא ימושו מפינו ומפי זרעינו אמן כי"ר. א"ד המתאבק בעפר רגלי ת"ח ומצפה לישועה לחונן דעה:

אליעזר באאמ"ו מ' **דוד יהודא** ז"ל מפרוזינא החוב"ק האלינקא:

והואיל דנגמר זה כפ' בהעלתך אכתוב בכאן דרוש יקר על פ' בהעלתך מחותני הגאון המפורסם בתורתו ובצדקתו מ' **יצחק צבי** ז"ל שהי' אב"ד בק"ק אמסטיבווי ובק"ק לונא ובק"ק יאשינאווקי ובק"ק שעמייטיץ ושם מנוחתו כבוד:

בהעלתך את הנרות כו' יאירו שבעת הנרות. הקשו דהל"ל ששת הנרות ומהו לשון בהעלתך וזה מעשה המנורה מקשה היא כו' פרחה מקשה היא קשה כפל לשון מקשה והמפרשים הק' מה ענין מעשה המנורה לכאן שאינו מדבר אלא בהדלקתן. ונ' לבאר תחלה דבזכרי' סי' ב' כתיב ראיתי מנורת זהב כולה וגולה על ראשה שבעה ושבעה מוצקות לנרות ושנים זיתים עלי' וגו' לא בחיל ולא בכח כ"א ברוחי. והדברים צריכים ביאור במדרש קהלת ונתתי לבי לדרוש ולתור בחכמה תייר גדול הי' שלמה והי' מתייר על ד"ת ולא על ד"ת בלבד הי' מתייר כ"א על כל אשר נעשה תחת השמש אמר לו ה' אחר ד"ת עמלת חייך שאני נותנה לך ונ' להבין כונתם בבכורות ח' ב' שא"ל סבי ד"א לריב"ח אחוי לן מנא דלא שוי הבילי' אייתי בודיא ופשטה לא עייל לתרעא אמר להו אייתי מרא והצינא וסתרו לתרעא היינו מנא דלא שוי להבילי' ונ' שהויכוח הי' ביניהם כי יש ז' חכמות טבעיות ועליהם חכמת התורה וכל הז' הכמות נצרכים לתורה אך אין טוב לבלות זמן הרבה בהם כי לא יגיע לתכליתם וגם יצטרך כל ימיו לבלות עליהם ואיך יניח העיקר ויעסוק כל ימיו בטפל לכך טוב יותר להניחם ולעסוק רק בהעיקר לימוד התורה וע"י עסק התורה יתפקח להבין ממנה גם שאר החכמות שאינם רק מכסה לכרוך בהם התורה. עוד יש נפ"מ בין חכמת התורה לשאר חכמות כמ"ש מי יודע רוח האדם העולה למעלה ורוח הבהמה היורדת למטה לארץ. ביאור החילוק שבין חכמת התורה לשאר חכמות שאינם רק לצרכי ארציות ואינם רק הכנה שהלומד חכמת הרפואה אם אח"כ לא ירפא אנשים ע"י איזה מניעה הרי לריק יגע וכן הלומד חכמת מוזיקא אם אח"כ לא יקבלוהו למנגן וכן בשאר חכמות כיון שאינם רק הכנה לשרת הארץ. אבל הכמת התורה אינה הכנה רק הלימוד בעצמו התכלית וז"ש מי יודע רוח האדם העוסק בתורה העולה למעלה ורוח הבהמה שעוסק בשאר חכמות היורדת למטה לארץ שאינם רק הכנה לארץ לעשות על ידם תיקון וסבי ד"א חשבו בהיפוך כי שאר חכמות טוב שיש מהם עילוי ותיקון למה שבארץ. אבל חכמת התורה שאין לה שורש בארציות אמרו אחוי לן מנא דלא שוי חבילי' התורה אין הזמן שמוציא עלי' שוה ההפסד. וריב"ח השיב להם שהוא בהיפוך דעסק התורה הוא העיקר והחכמות זולתה אינם רק כמחצלת לכרוך בה סחורה ודרך החנוני כשקונה אדם סחורה ממנו נותן לו מחצלת לכרוך בה הסחורה. אבל כשיבוא אדם שלא קנה ממנו סחורה לא יתן לו מחצלת וגם לא ימכור לו רק ביוקר וגם הקונה מחצלת צריך לכורכה ולהניחה בקרן זוית ולא לפושטה ולהניחה כי יצטרך בשבילה לסתור ביתו ולבנות עבורה בית גדול ואינה כדאי לזה. הנמשל העוסק בתורה נותן לו ה' החכמות החיצוניות הנצרכים לתורה במתנה כמו שנותן החנוני מחצלת חנם לקונה מאתו סחורה והיינו אם קנה הסחורה למלבוש ויקרה היא בעיניו. רק לפעמים אינו נותן לו החנוני מחצלת. היינו אם החנוני רואה שלקח הסחורה רק לכרוך בה חפצו א"צ ליתן לו מחצלת לכורכה שהרי אין דעתו לשמרה שתהא נקי'. כן העוסק בתורה לשמה וחביבה ויקרה בעיניו נותן לו ה' שאר החכמות במתנה. אבל אם לומד רק לצרכי עה"ז לא יתן ה' לו שאר החכמות במתנה כיון שהתורה אינה עיקר בעיניו וז"ש כי ה' יתן חכמה שנותן שאר חכמות במתנה למי שלומד תורה לש"ש אשר מפיו דעת ותבונה שהיא מקודש לשמו. ולכך הביא להם ריב"ח מחצלת שהחכמות זולת התורה אינם עיקר שהם רק הכנה לכרוך בהם התורה או לצורך עה"ז לרפואות או לנגן ולשרת העולם ואתם עושים ממנה עיקר לבלות בה ימיכם פשטה לא עייל בתרעא לא יבוא להעיקר תכלית ויתבטל מד"ת או כשלא ישתמש בהם בעניני עה"ז להרויח בהן מה יתרון לו מהם אמר אייתי מרא והצינא וסתרו לתרעא שצריך לבלות עליהם כל ימיו ולא ילמוד תורה כשער לכך אין עוסקים חכמי ישראל בשאר חכמות. אבל שלמה שהי' חכם גדול והספיק שכלו לתור גם בשאר חכמות טבעיות וז"ש ונתתי לבי לדרוש

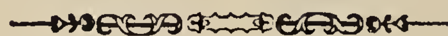
הקדמה

התורה שהיא עיקר ולתור גם בחכמה וגו׳ היינו חכמות טבעיות אמר ה׳ אחר ד״ת עמלת כיון שעיקר אצלך התורה ואין רצונך לשאר חכמות לצורך עצמם רק לכרוך בהם התורה כדמיון המחצלת לסחורה הריני נותנה לך במתנה . ובזה יבואר ד׳ הגמ׳ בסנהדרין צ״ט ב׳ אמר ר״א כל אדם לעמל נברא שנא׳ כי אדם לעמל יולד א״י אם לעמל פה אם לעמל מלאכה כשהוא אומר כי אכף עליו פי׳ הוי אומר לעמל פה נברא ועדיין א״י אם לעמל תורה או לעמל שיחה כשהוא אומר לא ימוש סה״ת הזה מפיך ה״א לעמל תורה נברא והיינו דא״ר כולהו גופא דרופתקי נינהו טובי׳ לדזכי דהוי דרופתקי דאורייתא ומ״ש כל אדם לעמל נברא היינו שבא לתקן העולם וליישבה שרצון ה׳ בכך דכתיב לשבת יצרה וא״י אם לעמל פה אם לעמל יד היינו אם שיהא עסקו בתורה שע״י קיום העולם או עמל יד כאוה״ע שעוסקים בישוב העולם בדברים גשמיים כשהוא או׳ כי אכף עליו פיו ה״א לעמל פה שהעיקר לעסוק בתורה . אבל קשה מה נסתפק אם העיקר לעסוק בתורה או במלאכה ודאי עסק התורה עיקר וגם מה שסיים אם לעמל תורה או לעמל שיחה פשיטא מה יועיל עמל שיחה בטילה עד שהוצרך לראי׳ מדכתיב לא ימוש וגם מה חידש רבא שאמר כל גופי דרופתקי כו׳ מאי קמ״ל . וני דכתיב נפש עמל עמלה לו כי אכף עליו פי׳ ואין לו ביאור וי״ל עפמ״ש אורך ימים בימינה למיימינים בה וכ״ש עושר וכבוד למשמאילים בה עושר וכבוד איכא אורך ימים ליכא וצריך ביאור כיון שהלומד של״ל אינו ע״מ שאינו מקבל שכר לעה״ב למה מגיע לו עושר וכבוד בעה״ז . אבל הענין כי כל בעלי אומנות שבעולם כונתם לצורך עצמם ובאמת הם רק לצורך העולם והטובה הבא ע״י אומנתם מגיע להעולם הרבה יותר מאשר מגיע להם כי מי שטרח כמה שנים בחכמת הרפואה ונעשה רופא מומחה וריפא כמה אנשים הרי החי׳ אותם בחכמתו והוא הרויח רק כסף מעט או הרבה וגם הכסף שהרויח לא יהי׳ לעצמו שלא יקחם עמו ואין לו מהם רק מה שאכל וכן כל בעלי אומנות סוברים לטובת עצמם ועיקרם לצורך העולם וה׳ נתן בלבם ההכרח שמהויב כ״א ללמוד אומנות לצורך העולם ומשכיר עצמו לישוב העולם והנאתו מועטת והוא כדמיון חמור שהכירו בעליו והחמור נושא משאו והשור חורש בשדה ובעליו מקבל שכרו ופעולתו נשאר אצל השוכרו ולהחמור והשור אין להם בעמלם רק מה שנותנים להם לאכול בעת מלאכתם . כן האדם בכל טרחו בעסקי עה״ז . וידוע דהעולם אינו מתקיים בלא תורה ואפי׳ הלומד תורה של״ל מקיים א״כ העולם דעכ״פ הד״ת שלמד הם דברים קדושים והעושה מלאכה ישולם לו שכרו מאותה מלאכה ולכך הלומד של״ל כיון שעכ״פ מועיל בעה״ז ישלם לו שכרו ג״כ בעה״ז אבל עיקר עמלו אינו לעצמו והעוסק בעמל הגוף בעניני עה״ז דומה לחמור שמשכירו בעליו ופעולתו ושכרו אינו שלו רק אבילתו ולכך נקראו אוה״ע עם הדומה לחמור שכל עסקיהם בעולם לא לעצמם רק לצורך העולם כמו החמור והלומד של״ל נקרא ג״כ עמל הגוף שאינו רק לצורכי הגוף . אבל הלומד לשמה הוא עמל הנפש וז״ש נפש עמל עמלה לו מי שלומד לשמה שהוא עמל להתפעל הנפש עמלה לו העיקר ולא לאחרים כי אכף עליו פי׳ מכאר החילוק בין הלומד לשמה ובין של״ל . דהלומד לשמה עיקר השכר לעצמו לעה״ב שאין לאחרים חלק בהם . אבל הלומד של״ל שאין לו לעה״ב רק בעה״ז שבא על ידו שפע בעולם הוא כדמיון חמור שהשכירו בעליו למשאו ונותנין עליו אוכף שאין להחמור לא בפעולה שנשאר אצל השוכר ולא בשבר שנותנים למשכירו ואין לו רק מה שאכל בעת מלאכה שאם לא הי׳ עושה לא היו נותנים לו וזה כי אכף עליו פי׳ כפרש״י בסנהדרין שם מפני שהוא משים דברים בפיו תמיד כאוכף שעל החמור . אבל העושה לשמה הכל לעצמו בין הפעולה ובין השכר כי הם כולם רוחנים לעה״ב . ועתה מבוארים ד׳ רבא שיש שני עוסקים ליישב העולם יש עוסקים במלאכת אומנות ובחרישה וזריעה ויש עוסקים בתורה של״ל שהוא ג״כ רק בעה״ז שזה תקרא הכל עמל הגוף והעיקר שכרם אין מגיע להם רק להעולם וז״ש כולהו גופי דרופתקי טורחים לאחרים שא״ל מכל טרחם רק אבילתם מ״מ טובי׳ לדזכי דהוי דרופתקי דאורייתא אפי׳ של״ל כמ״ש אי אפשר לעולם בלא בושם ובלא בורסי אשרי מי שאומנתו בושם דאע״פ שמוכר הכל לאחרים מ״מ נשאר ג״כ אצלו ריח טוב . כך אפי׳ עסק בתורה של״ל הי׳ קצת מהם לשמה ועכ״פ נקלט ריח תורה בנשמתו . אוי למי שאומנתו בורסי שכל עסקיו רק בעניני עה״ז שנקלט בנשמתו עסקי עה״ז הגשמיים . ומעתה מבואר ד׳ ר״א א״י אם לעמל פה אם לעמל מלאכה היינו שהאדם שליח מה׳ בעה״ז א״י אם שהוא ישמש העולם שיעשה בה מלאכה וליישבה או לע״ת לשמה שהעולם ישמשני כשה״א כי אכף עליו פי׳ היינו שמגנה את העוסקים של״ל שדומין לחמור אלמא אין התכלית רצון ה׳ מהאדם שיטרח ליישב העולם רק יעסוק בתורה לשמה. ועדיין א״י אם לע״ת או לעמל שיחה היינו שאר ההכמות שהם רק שיחה נגד התורה ונצרכים ג״כ לתורה ה״א שיעסוק בהם ג״כ כיון שכונתו לש״ש להבין על ידם ד״ת כשה״א לא ימוש סה״ת הזה מפיך לכך כתיב הזה אע״פ שידוע שאין תורה אחרת . וז״ש ראיתי אני על דברת ב״א לברם ה׳ ולראות שהם בהמה המה להם . בא לבאר מה שראה הנהגת האדם לברם ה׳ שיהי׳ בעולם על ב׳ פנים או שיעסוק בתו״מ לשמה והעולם יהא משועבד להם או שיעסקו של״ל או במלאכה ויהיו משועבדים להעולם וזהו ולראות שהם בהמה המה להם ברור להם הדרך להשתעבד להעולם שיש צורך להעולם בהם ליישבה . אבל לעצמם הם בהמה שא״ל רק מה שאוכלים בעולם. ומעתה יבואר בזכרי׳ ראיתי מנורת זהב כולה דאי׳ במדרש לא הי׳ העולם כדאי להשתמש בזהב אלא בשביל המשכן וביה״מ כן אין ראוי להשתמש בד״ת רק לש״ש וגולה על ראשה המריק לה שמן וע״י יאירו הנרות כן התורה לערך המצות שעושה דכתיב כי נר מצוה ותורה אור ועיקר השמן והאור מאיר לפי זיכוך השמן . שבעה וז׳ מוצקות לנרות שיש ז׳ ספרים בתורה וז׳ מיני חכמות בעולם שבולם כלולים בתורה ושנים זיתים עלי׳ א׳ מימין הגולה וא׳ על שמאלה שבאו הכל ממקור חכמה עליונה רק התורה בימין דכתיב מימינו אש דת למו ושאר חכמות בשמאל שנצרכים לתורה וכמו השמאל שאינה רק לסייע לימין וז״ש לב חכם לימינו שלומד החכמות שהם בשמאל לכוללם בתורה שהיא ימין העיקר ולב כסיל לשמאלו שלומד תורה כדי להבין ע״י שאר חכמות שהם בשמאל . וראה שהזתים מריקים שמן למנורה מימין ומשמאל רומז כי ה׳ משפיע תורה ושאר חכמות לעוסקים בתורה. וא״ל המלאך הלא ידעת מה המה אלה איך נשפע להאדם ואומר לא שהוא לא ידע והשיב לו המלאך דע כי לא בחיל ולא בכח שאין האדם מגיע להשפיע בו תורה וחכמה גם יחד ע״י טרחו ללמור של״ל שהוא רק עמל הגוף כ״א ברוחי שעוסק לשמה שהוא עמל הנפש שהיא רוח ה׳ שאז החכמות נתונים לו מה׳ במתנה כמו המחצלת לקונה סחורה. ומעתה יבואר בהעלתך את הנרות שכ״ל בעל העקידה שהמנורה רומז לתורה שיש בה ז׳ ספרים וגם רומז על ז׳ חכמות שבעולם הכלולים בתורה וזה בהעלתך את הנרות אם רצונך להעלות גם הנרות של שאר חכמות למקור העליון אל מול פני המנורה יאירו זו התורה שהי׳ מטין כולם כלפי האמצעי שיכוון לימוד החכמות שיהי׳ רק הכנה להבין על ידם התורה וזה מעשה המנורה מקשה היא שהתורה היא דבר יקר ואינה ניתנת רק אחר היגיעה כמ״ש יגעת ומצאת . עד ירכה גופי תורה עד פרחה חידושים שמוסיפין כדאמרינן יציץ ופרח אלו ת״ח שבבבל שעושין ציצין ופרחים לתורה . מקשה היא בא לבאר החילוק בין שאר חכמות לתורה בב׳ דברים הא׳ כי התורה יקר המציאות ואינה ניתנת רק למי שחביבה עליו ויגע בה. ועוד כי שאר החכמות כל דבר נפרדו ואין להם חיבור זה לזה אבל התורה כתיב תורת ה׳ תמימה מתאחדת וקדושתה כולה אחת משיבת נפש וז״ש ב׳ פעמים מקשה היא :



דמשק אליעזר

הלכות הלואה



סימן לט

סעיף א (א) **או** שהודה בפני עדים עי' ש"ך ס"ק א' שהביא ד' הגה"א בפ' ז"ב שכ' דאם אמר סתם הנני מודה לך בקנין בפני עדים שאני חייב לך לא ידעתי על מה יחול הקנין כו' ובבדק הבית השיג על הגה"א דמועיל הקנין אף בכה"ג והב"ח יישב ד' הגה"א ול"ע לדינא עכ"ד. ובסמ"ע בס"ק א' הביא ד' הג"א אלו ועי' בתומים בס"ק א' ובנתיבות בס"ק א' ועי' בבית יהודא שהביא ראי' להבדק הבית מגיטין כ"א א' דפריך הגמ' א"ה בנות נמי כו' והאריך בזה ועי' בס' ישועות ישראל בעין משפט ס"ק א' מ"ש בזה ולפ"ד אין ראי' מהא דגיטין הנ"ל יעוש"ה:

(ב) **גובה** מן המשועבדים וכו' ב"י הטעם משום דשעבודא דאורייתא אלא דמלוה ע"פ ל"ל קלא תקנו רבנן דלא לטרוף מן המשועבדים משום פסידא דלקוחות עכ"ל. ובאמת יש בזה כמה שיטות. הנה דעת הרמב"ם בפי"א מהל' מלוה דשעבודא דאורייתא והיינו כעולא דס"פ ג"פ וכר"פ בקידושין י"ג ב' וכן הוא דעת הסמ"ג בריש עשין צ"ד דש"ד וכן הוא דעת הרי"ף בס"פ ג"פ שכ' דקי"ל כעולא דהא ר"פ דהוא בתרא הוא פ' הלכה הכי בפ' האשה נקנית י"ג ב' דאר"פ הלכתא מלוה ע"פ כו' והא דפסק ר"פ הכא ואמר הלכתא מלוה ע"פ גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוין לאו דפליגא דידי' אדידי' אלא הא קמשמע לן דה"ט דאוקמא רבנן אדאורייתא וגובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוין עכ"ל. הרי דס"ל דש"ד ובאמת ד' הרי"ף אלו תמוהים וכמו שהקשו התוס' רי"ד בקידושין י"ג ב' והריטב"א שם דמה צריך טעם לומר דאוקמא רבנן אדאורייתא וכן הק' הש"ך בס"ק ב' על הרי"ף וכ' דכן הק' במהרי"ן ל"ב ס' א' והביא דגם הרמב"ן בחידושיו בס"פ ג"פ כ' שד' הרי"ף אינם מתחוורים בזה. ובאמת י"ל דכונת הרי"ף דהא בקידושין קאמר ר"פ בהדיא דש"ד ואפ"ה קאמר דאינו גובה מן הלקוחות דל"ל קלא הרי חזינן דאף דשע"ד הייט מן הלוה עצמו. אבל מן הלקוחות הפקיעו רבנן השעבוד. וא"כ ה"א דאף מן היורשים נמי אין גובין כיון דגופם לא נשתעבדו דהא להם לא הלוה אף מהנכסים נמי לא יגבה דהא חזינן דחז"ל עשו יתומים כלקוחות דמה"ט מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבע"ח כמו בעשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע"ח גובה ה"נ ביתמי לטובתם עשו אותם כלקוחות וא"כ ה"נ הל"ל דלא תגבי מהם מלוה ע"פ. קמ"ל ר"פ בב"ב דמשום שלא תנעול דלת בפני לוין אוקמא רבנן אדאורייתא וגובין מן היורשין אף דלהם לא הלוהו. ועוד י"ל ד' הרי"ף הנ"ל כמ"ש במשכנות יעקב חו"מ סי' ט"ז דכי משום הפסד של לקוחות שלא ידעו להזהר נפסיד מלוה זה שיש לו שעבוד מה"ת על הנכסים ולא נחוש להפסד מלוה. ועכל"ל הטעם דהמלוה גופי' מחיל לשעבודא כיון דידע דתקון רבנן דלא גבי ממשעבדי בלא שטרא וה"ל למימר כתוב לי שטרא ומדלא א"ל הכי מחיל לאחריות מדעתי' וסמוך אהימנותא דלוה דודאי יפרע ולא סמיך אאחריות נכסים וא"כ כיון דמחיל לי' לשעבודא למה לא תהוי מחילה גם נגד יורשים דהא אין מחילה לחצאין דהא אמדינן דעתי' דלא סמיך על שעבוד קרקע ולא קני לי' לשעבודא מדלא כ' לו שטרא האיך יגבה מיורשין ולזה יהוב טעמי' משום כ"ד דאומדנא דמוכח הוא דאין מסלק נפשי' משעבוד על היורשין וא"כ אתה נוטל דלת אלא דעתי' דכל מלוה ע"פ למחול שעבוד קרקע שיש לו שהלוה מוכר ופקע שעבודא בשעה שמוכר או נותן אבל אינו מוחל לגמרי בשעת הלואה דא"כ אף לגבי יורשין אין כאן שעבוד דאין מחילה לחצאין וגם תקון חכמים אין מפקיע שעבודא רק משעה שמוכר או נותן לאחרים. אבל כל שלא מכר או נתן כל נכסיו אחראין ואי לאו טעמי' דכ"ד טפי הוה ניחא למימר דמעיקרא לא יהיב דעתי' על שעבוד קרקע מדלא כ' שטרא ואין כאן שעבוד כלל אף נגד יורשין כיון דלא ניחא לי' למקני לשעבודא כו'. ועי' רש"י בקידושין שכ' הטעם שאין גובה מן הלקוחות אף דש"ד דאיהו דאפסיד אנפשי' וכונתו משום דהוי מחילה מסתמא עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה. ולפ"ד המשכנות יעקב אלו מיושב נמי קושי' שני' של הש"ך שהק' על הרי"ף הנ"ל דאמאי קאמר בב"ב הטעם דשלא תנעול דלת בפני לוין ובקידושין קאמר הטעם דש"ד הל"ל הכא והכא חדא לישנא עכקוש"י. ולפ"ד המשכנות יעקב הנ"ל ניחא דבקידושין איירי גם במלוה הכתובה בתורה דלא שייך מחילה כלל ומש"ה קאמר הטעם דש"ד וכל שש"ד גובה ממילא אף לאחר תקנה ובב"ב הנ"ל דשייך מחילה דלא איירי במלוה הכתובה בתורה מש"ה קאמר הטעם משום שלא תנעול דלת ושפיר ד' הרי"ף ולא קשה קושי' הש"ך הנ"ל ועי' בדברי משפט בס"ק א' ובחמדת שלמה בחידושיו לקידושין שם ובשעה"מ בפי"א מהל' מלוה הל' ד' ובס' היד החזקה בסי' כ"ד בענין ש"ד ובס' נחל יצחק בסי' מ"ט סעי' י' מ"ש ליישב ד' הרי"ף הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה ועי' בתשובות בית אפרים חאו"מ סי' נ' מ"ש בזה. וגם דעת הרמב"ן בסוף ב"ב והריטב"א בקידושין שם דש"ד והתוס' בקידושין שם ד"ה אמר ר"פ הקשו ד' ר"פ אהדדי דבקידושין ס"ל לר"פ דש"ד ובסוף ב"ב קאמר ר"פ דמלוה ע"פ גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוין וכו' ובשם ר"ח לחלק דבמלוה הכתובה בתורה כגון נזקין וערכין וקרבן בזה ס"ל לר"פ דש"ד דלא שייך טעמא דנעילת דלת והתם מיירי במלוה

שאינה כתובה בתורה כגון שהלוהו מעות בלא שטר בזה ס"ל לר"פ דשעבודא לאו דאורייתא עכ"ל. וכ"כ התו' בסוף ב"ב קע"ו א' ד"ה גובה כו' בשם רבינו אלי' לחלק כן וכ' דכן עיקר וכ"כ התו' בבכורות מ"ח א' ד"ה ודכ"ע כו' לחלק כן. וא"כ משמע דעת התו' דשעבודא לאו דאורייתא וכ"כ הש"ך דכן הוא דעת התוס' דשל"ד אבל באמת אין ראי' דס"ל להתוס' כן להלכה כמ"ש בס' משנת חכמים בהלכות ריעות סי' ז' ביבין שמועה אות ג' די"ל דהתוס' לא כ' כן רק לפרש מלתא דר"פ ואף דאמר ר"פ הלכתא אין למידין דהלכתא כוותי' אלא כאינך אמוראי דס"ל דש"ד והדע דהא הרמב"ן בש"פ ג"פ מפרש ג"כ מלתי' דר"פ כמ"ש התוס' ואפי"ה כ' דקי"ל להלכה דש"ד עכ"ד. והבי"א עוד הוכחה והאריך בזה יעוש"ה. וא"כ אין ראי' מד' התוס' הנ"ל דס"ל כן להלכה אך דעת בעל העיטור בריש מאמר רביעי אחריות הוא דשל"ד במלוה שאינה כתובה בתורה וכן התוס' רי"ד בקידושין שם ס"ל דשל"ד יעוש"ה. ובדעת הראב"ד הנה בבעה"ת שער ס"א הביא בשם הראב"ד דס"ל דשל"ד והובא בב"י לקמן בסי' ק"ד סעי' ט"ו וכן ס"ל להש"ך בדעת הראב"ד ומ"ש הראב"ד בהשגות בפ"א מהל' ערכין הל' כ"א וז"ל. והשתא דקי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשין דש"ד לא אצריכוהו לעמידה בדין עכ"ל. כ' הש"ך על זה דתרי ראב"ד ניניהו או חזר בו בתשובה או אגב שיטפא נקט הכי דהשגה לא תליא בהכי דאפי' של"ד משיג שפיר מדקי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשין עכ"ל. והשיג על המגדול עוז ובאמת דבריו דחוקים די"ל דשפיר השיג הראב"ד משום דש"ד דאי לאו דאורייתא אמאי גובה מן היורשין דהא טעמא דר"פ דס"ל דמלוה ע"פ גובה מן היורשין משום נעילה דלת וגבי ערכין לא שייך נע"ד דזה דוקא גבי הלואה. ושוב ראיתי במסכנות יעקב שם שכ' כן בכונת הראב"ד ונדחק בכונת הש"ך והאריך בזה יעוש"ה. וגם זה דוחק לומר דהראב"ד עצמו חזר בו או תרי ראב"ד נינהו לכן נ' דהעיקר כמ"ש התומים בס"ק ב' דהראב"ד ס"ל דש"ד ומ"ש הבעה"ת הנ"ל בשם הראב"ד דשל"ד אין כ"כ ראי' דהתם כ' לברר ולדחות דברי הטוען דטען עליו דשעל"ד והשיב דא"כ אף במלוה בשטר כן והביא ד' הרשב"א בחידושיו לקידושין שם שכ' בשם הראב"ד דמפרש הא דאמרי' בקידושין הלכתא מלוה ע"פ גובה מן היורשין דש"ד סוגיא דגמ' קאמר ולא ר"פ דר"פ אמר לטעמי' בש"פ ג"פ משום כ"ד דשעל"ד וסתמא דגמ' קאמר הטעם משום דש"ד לא מטעמי' דר"פ עכ"ל. הרי דס"ל להראב"ד דש"ד וכן עיקר בדעת הראב"ד ודלא כהש"ך הנ"ל בדעתו וכן הוא דעת הרשב"א שם דש"ד. והמרדכי בסוף ב"ב בסי' תרנ"ג כ' לחלק בד' ר"פ בין מלוה הכתובה בתורה ובין מלוה שאינה כתובה בתורה וכהתוס' הנ"ל וס"ל להש"ך בדעתו דס"ל דשעל"ד ובאמת אין ראי' די"ל דכ"כ ליישב ד' ר"פ אבל לא דס"ל כן להלכה. ולהלכה י"ל דס"ל כשאר אמוראים דס"ל דש"ד וכמ"ש לעיל בשם המשנת חכמים לדעת התוס' כן י"ל לדעת המרדכי. ושוב ראיתי בתומים שם שכ' דאין ראי' מד' התוס' הנ"ל דס"ל דשעל"ד דהתוס' לא כ"כ רק לפרש מלתא דר"פ אבל להלכה י"ל דס"ל דש"ד עכ"ד. והיינו כהמשנת חכמים הנ"ל ולא ראה המשנת חכמים הנ"ל ד' התומים אלו שכבר הקדימו בזה וכ' התומים דגם מ"ד התוס' רי"ד הנ"ל נמי אין ראי' דלא דיבר כלל מענין פסק הלכה רק מפרש ד' ר"פ וגם בבעל העיטור הנ"ל לא נזכר רק תי' התוס' דלא קשה ד' ר"פ אהדדי אבל לא מלינו דיסבור להדיא דשעל"ד עכ"ד. וא"כ ממילא אין ראי' נמי מד' המרדכי הנ"ל דס"ל דשעל"ד דהוא לא העתיק רק ד' התוס' הנ"ל וכמ"ש. ובדעת הרא"ש הנה המהרש"ל ביש"ש בב"ק בפ"א סי' ט"ז כ' דס"ל להרא"ש דש"ד דהכי ס"ל להרא"ש בסוף ב"ב דש"ד והאריך בזה להוכיח שכן הוא דעת הרא"ש. והש"ך השיג עליו שהרי כ' הרא"ש בפ"ק דב"ק שם וז"ל ב"ח אינו גובה מן היתומים מעבדים שהניח להם אביהם דהלכה כר"נ בדינא דאמר עבדי כמטלטלי דמי בכל מילי דרבנן עכ"ל. והיינו כמ"ש התוס' שם והרא"ש בפ' הגוזל קמא דטעמא דר"נ דלא גבי מעבדי דיתמי דהוי מילי דרבנן דשעבודא ל"ד עכ"ל. ומד' הרא"ש דש"פ ג"פ הנ"ל כ' הש"ך דאין ראי' דלא העתיק אלא לשון הרי"ף כהוייתו וגם מד' הרא"ש בפ"ק דב"מ כ' דאין ראי' וכ' על מהרש"ל דלא שת אל לבו ד' הרא"ש דפ"ק דב"ק ופ' הגוזל הנ"ל וגם קשה עליו דא"כ האיך פ' הוא עצמו ביש"ש שם בסי' ל"ג ובפ' הגוזל קמא סי' א' דעבדי כמטלטלי דמי לענין גביית חוב מיתמי שהוא דרבנן עכ"ל הש"ך. ובאמת לק"מ על מהרש"ל הנ"ל דאף דס"ל דש"ד אפי"ה שפיר פ' דאין ב"ח גובה מעבדי דיתמי די"ל דס"ל כמ"ש הרשב"ם ב"ב קכ"א א' והנ"י בפ' הגוזל קמא גבי עבדים והזקיקו דלענין ב"ח שאני דלא סמיך דעתי' עלי' וא"כ גבי דעבדי כמקרקעי דמי ה"מ לדברים הכתובים בתורה כגון לקנות בכסף כו' אבל לענין ב"ח כמטלטלי דמי דאין ב"ח סומך אלא על קרקעות שאין יכולים לאבד ולא לזוז ממקומן אבל אעבדים לא סמכה דעתי' הלכך לא משתעבדי לי' עכ"ל ומש"ה פ' מהרש"ל הנ"ל שפיר דאין ב"ח גובה מעבדי דיתמי משום דלא סמיך דעתי' עלי' וכ"כ הש"ך גופא לקמן בסי' שס"ג ס"ק ב' דאף דש"ד אפי"ה אין ב"ח גובה מעבדי דיתמי משום דלא סמיך דעתי' עלי' והביא ד' הרשב"ם והנ"י הנ"ל וגם הביא ד' בעהמ"א בפי"ג שכ' נמי כהרשב"ם והנ"י הנ"ל וכ' הוכחה לזה דהא כמה פוס' ס"ל דש"ד ומוכרח לפסוק בהא כר"נ דהלכה כר"נ בדיני והכי הוא מסקנא דשמעתא בפ"ק דב"ק. ועוד דהכי מסקינן בפי"נ דאין גובין מתיינן לה וכן אמר ר"נ ומכח זה השיג על המ"מ בפ"ג מהל' גזילה שכ' בדעת הרמב"ם כהתוס' והרא"ש הנ"ל והשיג עליו דהא הרמב"ם ס"ל דש"ד וכ' דזהו כונת מהרש"ל הנ"ל בעצמו דהטעם הוא משום דלא סמיך דעתי' עלי' והשיג על הרא"ש הנ"ל שכ' בשם רבב"ס דטעמא דר"נ משום דשעל"ד. דהא הרשב"ס כ' להדיא הטעם משום דלא סמיך דעתי' עלי' והאריך בזה יעוש"ה. וא"כ שפיר ד' מהרש"ל הנ"ל ולק"מ קושי' הש"ך. וד' הש"ך סותרים זא"ז ועי' בשימקו"ס בב"ק שם שהביא ד' התו' הנ"ל והקשה עליהם שא"כ נצטרך לומר דשעל"ד דאי דאורייתא אפי' הם נגבין מן היתומים ואלו אנן קי"ל ש"ד וכדאמרי' בשילהי ג"פ ר"י ור"ל דאמרי תרוייהו מלוה ע"פ גובה בין מן היורשין ובין מן הלקוחות מ"ט ש"ד וכן פי' הרי"ף והא הביא אותה דאין גובין מן העבדים בפי"נ עכקוש"י. וכן הק' בחידושי הרשב"א שם על התוס' יעוש"ה והיא כעין קושי' הש"ך הנ"ל על המהרש"ל וכן הק' הש"ך בסי' שס"ג על הפוס' דס"ל דש"ד ולפמ"ש הש"ך שם ניחא ד' הרי"ף הנ"ל דאף דהרי"ף ס"ל דש"ד מ"מ שפיר פ' דאין גובין מעבדי דיתמי משום דלא סמיך דעתי' עלי' וכמ"ש בדעת מהרש"ל הנ"ל כן י"ל בדעת הרי"ף. ועי' בס' יש התלמוד בב"ק שם מ"ש ליישב ד' הרא"ש ומיישב נמי ד' הרי"ף הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. וראיתי בפ"י בב"ק שם שהק' על התוס' הנ"ל דאיך נשמע עולא בדין זה מנ"כ ונגבא גנובי ל"ל דהא עולא ס"ל להדיא בספג"פ דש"ד ועוד דא"כ תקשי הלכתא אהלכתא דהא קי"ל כמ"ד ש"ד בכמה דוכתי ובהא קי"ל בפי"נ בהדיא כר"נ דאין גובין מעבדי דיתמי. ועוד דמד' התוס' עצמם בפי"נ קכ"ה א' שכ' דר"נ ס"ל דיתומים שגבו בחובת אביהם בין קרקע ובין מטלטלין שהבכור נוטל פי שנים אלא היבא דבני מערבא מחלק בין קרקע ובין מטלטלי. ובס"פ ג"פ מוכח דמאן דס"ל הכי סובר דש"ד דהא מקשו התם הכי דרבה אדרבה וא"כ משמע להדיא דר"נ גופי' ס"ל דש"ד וכ' ליישב דעיקר פלוגתא דרבה ועולא אי ש"ד היינו שנכסי הלוה משועבדים למלוה תיכף משעת הלואה והיינו מב"ח וזה כתוב בתורה כמ"ש הרשב"ס שם להדיא אלא שסובר עולא ג"כ דאמרינן ממילא מצד הסברא כיון דאוקמא רחמנא ברשות המלוה משעת הלואה וא"כ ראוי לומר שיטרוף מהלקוחות וכן מיתומים. ורבה סובר דמדאורייתא אין למלוה בנכסי הלוה אלא משעת טריפה ודין הפרעון וא"כ מה שאמרו חכמים שגובה מהלקוחות אינו מצד הדין אלא מצד התקנה. לפ"ז לק"מ דהא ליכא למ"ד שעבוד לקוחות הוא דאורייתא לגמרי דלא מלינו כן בתורה ומכ"ש דל"ש מדאורייתא שום חילוק בין קרקע למטלטלי. אלא דמ"ש עולא ד"ת גובה מנכסים משועבדים היינו שחכמים הענידו דבריהם ומצאו טעם לדבר מה"ת מצד הסברא

אבל מדאורייתא ודאי לא הוי וא"כ א"ש דהוי לענין זה מילי דרבנן דהם אמרו והם אמרו הכל מלד הסברא דעבד יש לדמותו למטלטלין לדין זה כיון דל"ל קלא כמו שגוף הדין דאין גובין ממטלטלין אינו נזכר בתורה ואינו תלוי במה שנקרא מטלטלי אלא שאמרו כן מטעם דל"ל קלא אבל כל הני דמייתי התוס' דעבדא כמקרקעי היינו בדבר שנזכר בפירוש בתורה והחילוק נזכר בפ"י בין קרקע למטלטלי ותלוי במה שנקרא קרקע וא"כ עבד נמי נקרא קרקע כו'. מ"מ נתיישב דלא קפיא הלכתא אהלכתא ונתיישב ג"כ ד' הרא"ש וכ"כ מלשון הרשב"ם בפי"נ וב"פ ג"פ עכ"ד. והביא ד' התוס' בבכורות נ"ב דס"ל דנה"ת מטלטלי כקרקע והביא ג"כ ד' הרשב"א בקידושין דס"ל דלמ"ד ש"ד מטלטלי ומקרקעי שוין וכ"כ הפ"י בחידושיו על הטור בסי' זה לייסב כן ד' הרא"ש הנ"ל ושלא תקשי הלכתא אהלכתא ומיישב בזה ד' הרי"ף הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה: הנה מה שהק' על ספוס' דס"ל דש"ד כבר הק' זה הרשב"א והשימקו"ב והש"ך בסי' שס"ג הנ"ל והפ"י לא ראה ד' הרשב"א והשימקו"ב והש"ך הנ"ל שכבר הקדימו בקושי' זו. ומ"ש דמהך דינא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם. ב"ח חוזר וגובה אותו מהם מוכח דס"ל לר"נ דש"ד כן הוכיח נמי התומים בס"ק הנ"ל וכ' דזהו כונת הרשב"א בקידושין שכ' דמהא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם מוכח דש"ד והאריך בזה. אבל באמת אין זה הוכחה וד' התוס' לא סתרי אהדדי וכמ"ש המשנת חכמים שם די"ל דהתוס' כ"כ בב"ב דמרא דשמעתא התם הוא אביי. והנה אביי ורבא פליגי בפסחים ל"א וס"ל לאביי דב"ח למפרע הוא גובה ורבא אית לי' דמכאן ולהבא הוא גובה ושקיל וטרי הש"ס ומייתי התם הך דיתומים שגבו קרקע דב"ח חוזר וגובה אותו מהם. ומסיק דלאביי ה"ט דב"ח חוזר וגובה דלמפרע הוא גובה ודאי כמאן דקנו בחיי אביהן. ולרבא ה"ט משום שעבודא דר"נ א"כ לאביי דעיקר הטעם דב"ח חוזר וגובה משום דלמפרע הוא גובה ע"כ ה"ה דבכור נוטל מזה חלק בכורה דלא הוי ראוי כלל וע"כ דש"ד. אבל לרבא דס"ל דה"ט דב"ח חוזר וגובה משום שעבודא דר"נ ע"כ דיש חילוק בין ב"ח דחוזר וגובה משא"כ בכור אינו נוטל חלק בכורה דה"ל ראוי א"כ א"ש דהתוס' כ"כ לאביי דאיהו הוא דמהדר ומותיב לרבה לדידי' ע"כ אית לי' לר"נ דכמו דב"ח חוזר וגובה ה"ה דבכור נוטל פ"ש דשקולים הם משא"כ לרבא. וממילא די"ל לדידן דס"ל דר"נ דאין בכור נוטל פ"ש ממלוה וממילא דאית לי' דשעל"ד עכ"ד יעוש"ה. אבל מד' הרשב"א הנ"ל מוכח כהפ"י דדין זה דיתומים שגבו קרקע תליא אי ש"ד וכמ"ש התומים הנ"ל. ועי' עוד במשנת חכמים שם מ"ש להוכיח מב"ק ל"ג ב' דס"ל לר"נ דש"ד וא"כ דחה והאריך בזה. ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ג אות ל"ד מ"ש בזה. ומ"ש הפ"י הנ"ל לייסב ד' הרא"ש הוא כעין תי' הש"ך דסי' שס"ג הנ"ל וכ"כ התומים לייסב קושי' הש"ך על מהרש"ל הנ"ל דאף דהרשב"ם והרמב"ן והרשב"א ס"ל דמדאורייתא אף מטלטלין משתעבדי מ"מ רוב הפוס' לא ס"ל כן. וצ"ל דהואיל ולא סמכי דעתי' דמלוה אמטלטלין דהא יכול להבריחן ולהשמיט אותן וא"כ מתחלה לאו אדעתא דהכי הלוהו כלל ואנן כהדי' דהוי כאלו מחל השעבוד בעת הלואה ולכך בזה ד"ת במטלטלין לא משתעבדי כו'. וא"כ בעבדים דג"כ יכול להבריחן כמו מטלטלין א"כ גם בזה לא סמכי' דעתי' וחזר הדבר להיות דינם שוה עם מטלטלין כו'. ולכן אף דעבדי כמקרקעי דמי מ"מ לענין ש"ד דינם כמטלטלין כיון דיכול להבריחן לא סמיך דעתי' עלי' עכ"ד. וכ' לייסב נמי בזה ד' התוס' שלא יסתרו אהדדי והביא ד' הנ"י דפ' הגוזל קמא הנ"ל והאריך בזה. והיינו כד' הש"ך דסי' שס"ג הנ"ל ולא ראה התומים ד' הש"ך דסי' שס"ג הנ"ל שכבר הקדימו בזה. וכן ראיתי בקצה"ח בס"ק א' שכ' לייסב ד' מהרש"ל הנ"ל דבין למ"ד ש"ד ובין למ"ד שעל"ד עבדי כמטלטלי דמי דלמ"ד שעל"ד הא דיש חילוק בין קרקע למטלטלין אינו אלא מדבריהם ובדבריהם עבדי כמטלטלי דמי. ולמ"ד ש"ד א"כ מה"ת אף מטלטלי משתעבדי וכמ"ש הרשב"א הנ"ל כו' וא"כ הא דמטלטלי לא משתעבדי אינו אלא מדרבנן ובלשון חכמים עבדי כמטלטלי דמי עכ"ד. והוא כעין תי' הפ"י והתומים הנ"ל ועי' עוד בתומים מ"ש לייסב קושי' הש"ך על מהרש"ל הנ"ל משום דבידו לשחררו כו' והאריך בזה. וממילא ניחא נמי ד' הרא"ש ושפיר י"ל דס"ל להרא"ש הנ"ל דש"ד ואין ראי' מד' הרא"ש בפ"ק דב"ק הנ"ל דס"ל דשעל"ד וכמ"ש הפ"י והקצה"ח הנ"ל. ושוב ראיתי בהיד החזקה שם שכ' דאין ראי' מד' הרא"ש דב"ק הנ"ל דס"ל דשעל"ד דהתם הטעם משום דהב"ח לא סמך דעתי' עלי' והביא ד' הרשב"ם הנ"ל יעוש"ה. וגם הוא לא ראה ד' הש"ך דסי' שס"ג הנ"ל שכבר הקדימו בזה. ובאמת מד' הרא"ש בפ' שה"פ סי' ג' נמי מוכח דס"ל דש"ד יעוש"ה. וכן משמע פשטות ד' הרא"ש בר"פ הניזקין סי' ב' דס"ל דש"ד:

וכן הוא עיקר בדעת הרא"ש וכמהרש"ל הנ"ל ודלא כהש"ך בדעת הרא"ש הנ"ל וכן הר"ן בפ' שבועות הדיינים כ' דקיי"ל דש"ד וכן ס"ל להטור לקמן בסי' פ"ח דש"ד יעוש"ה. ועי' בתומים שהוכיח דהתוס' ב"ב קכ"ו ד"ה ואין כו' דס"ל דש"ד. והאריך בזה. ועי' בחידושי הרשב"א בב"ק ק"ד ב' ובשימקו"ב שם. והגה הש"ך הביא ראי' לד' התוס' דבעלמא שעל"ד מהא דאמר ר"פ פריעת ב"ח מצוה ויתמי לא בני מיעבד מצוה נינהו. ובאמת אין ראי' מזה וכמ"ש התומים דר"פ אמר למילתי' אף למ"ד ש"ד והיינו דס"ל הא דש"ד הוא דעיקר חיובא על הלוה דמצוה עליו לפרוע ואם לא רצה כופין אותו ונכסיו אינון ערבין ולכך גובין ד"ת מנכסיו. אבל יתומים קטנים דלאו בני מצוה נינהו א"כ כל היכא דא"א לגבות מבע"ד אף מהערב א"א לגבות כלל ולכך לא נחתינן לנכסים כיון דהמה גופי' פטורים ולאו בני מצוה נינהו ואף נכסים שהם ערבים פטורים עכ"ד. וכ"כ במשכנות יעקב בסי' הנ"ל לדחות ד' הש"ך וכ' הוכחה לזה דהא רב אסי ור"י נמי ס"ל התם דאין נזקקין כו' ואינהו ס"ל בקדושין שם דש"ד כו' ועכ"ל דר"פ אמר אף למ"ד דש"ד ור"י ור"א ג"כ והאריך בזה יעוש"ה. אך לכאורה דבריהם תמוהים דדוקא היכא דאין יכולים לפרוע מן הלוה עפ"י הדין בזה גם הערב פטור וכדאיתא לקמן בסי' קכ"ט סעי' א' וכן בכה"ג אין יכולין לפרוע מנכסי הלוה וכדאיתא לקמן בסי' מ"ט סעי' י' לענין שני יוסף בן שמעון. אבל במת הלוה פשיטא דגובין מן הערב ומכ"ש דיכולין לפרוע מנכסי הלוה דעדיפא מערב. וכן ראיתי בס' אחד מחכמי זמנינו נקרא מהר"ן יפה חחו"מ סי' ט' שהק' כן על המשכנות יעקב הנ"ל יעוש"ה ולא הביא ד' התומים. אבל באמת לק"מ דהגה התומים לקמן בסי' ס"ו ס"ק מ"ג הקשה דאמאי גובין מיורשים הא כיון דמת הלוה ופקע שעבוד ממילא יפקע שעבוד נכסי'. ותי' דאף כשמת הלוה וזוכה היורש בנכסים אז אף עליו מוטל לפרוע ויש עליו שעבוד הגוף כמו על אביו עכ"ד. וכ"כ הנתיבות שם בס"ק כ"ד כהתומים וא"כ ניחא די"ל דר"פ ס"ל סברת התומים הנ"ל דהא דגובין מיורשין משום דמוטל על היורש שעבוד הגוף וז"א. רק בגדולים דיש עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם אבל בקטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו ואין לו שום שעבוד הגוף עליהם ע"כ ממילא פקע אף שעבוד נכסי אף דס"ל דש"ד ושפיר ד' התומים הנ"ל במה שהשיג על הש"ך דאזיל לשיטתי' דס"ל דאף על היורש יש שעבוד הגוף וכן ס"ל נמי להמשכנות יעקב הנ"ל כהתומים דיש על היורשים שעבוד הגוף ומש"ה השיגו על הש"ך ולק"מ קושי' מהר"ן יפה הנ"ל על התומים והמשכנות יעקב. ובאמת המעיין בד' התומים עלמו כאן יראה להדיא דכונתו רק על יתומים קטנים וכמ"ש. אבל הש"ך ס"ל כמ"ש הר"ן בפ' הכותב דלכן במת הלוה גובה מיורשיו משום דש"ה דנתערבו הנכסים בעת שהי' הלוה קיים ע"כ לא פקע שעבוד נכסי ואף היכא דנפקע מחמת המלוה אז אף שעבוד נכסי נפקע עכ"ל יעוש"ה. וכ"כ הכמ"ע בסי' ס"ו ס"ק כ"ה כהר"ן ועי' בקצה"ח שם בס"ק כ"ו מ"ש בד' הר"ן אלו והאריך בזה. וכן ס"ל נמי להש"ך הנ"ל ומש"ה שפיר הביא ראי' מר"פ דס"ל דשעל"ד דלפי סברת הר"ן הנ"ל אין חילוק בין יתמי

גדולים

גדולים לקטנים ושפיר הוכיח דס"ל לר"פ דשעל"ד ועי' בס' נחל יצחק בס"ק א' ובסי' מ"ט ס"ק ד' מ"ש והאריך בזה :

עוד הביא הש"ך ד' הרמב"ן שהביא ראיה מפ' הכותב פ"ו א' לדידך דאמרת פריעת ב"ח מצוה כו' אלמא ר"ה ברי' דר"י לית לי' הא דפריעת ב"ח מצוה אלא ש"ד ודחה הש"ך ראי' זו ועי' במשכנות יעקב שם מה שהשיג על הש"ך ודחה ראי' הרמב"ן מטעם אחר והאריך בזה . ועי' בפ"י בכתובות שם מ"ש בזה . והנה דעת הש"ך כדעת התוס' הנ"ל לחלק בין מלוה הכתובה בתורה ובין מלוה שאינה כתובה בתורה. דבמלוה שאינה כתובה בתורה שעל"ד . ובאמת קשה על חילוק זה מהא דעביד הגמ' בקידושין שם צריכותא בין תרי מימרא דר"י . דאי אשמועינן בהא בהא קאמר ר"י דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא ול"ל למימר ככתובה בשטר דמיא נימא משום דכתובה בתורה היא דאורייתא אבל בהא מלוה לא . ואי מההוא ה"א בהא קא' שמואל אבל בהא אימא מודה לר"י דש"ד ול"ל למימר כלל ככתובה בשטר דמיא ולא הי' בפשיטות דאצטריך לאפוקי מחילוק דר"פ . א"ו דאי שעל"ד אין לחלק כלל אם לא מטעם דכתובה בשטר : וכן ראיתי במשכנות יעקב שם שהק' כן על הש"ך הנ"ל ועוד הוכיח שם כן מערוכין ז' א' גבי גוסס ויוצא ליהרג בפלוגתא דר"י ורבנן כו' ומערוכין כ' א' גבי ערכי עלי ומת כו' דאין טעם לחלק רק משום דכתובה בשטר והאריך בזה : ועי' בהיד החזקה שם מה שהשיג על הש"ך והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בתומים נמי שהשיג על הש"ך הנ"ל מב"ק מ"ג א' ומד' התוס' ב"ב קכ"ו ד"ה ואין הבכור כו' להוכיח דש"ד והאריך בזה . והביא ראי' דש"ד דאם אין אתה אומר כך לא מצאנו ידינו ורגלינו בביה"מ דהא בפ' יש בכור נחלקו ר"מ ור"י אם חלקו עד שלא נתנו דס"ל לר"מ דפטורים ור"י אומר כבר נתחייבו נכסים ואמרינן דפליגי בדלית לי' רק ה' סלעים ופליגי אם האחים שחלקו כלקוחות ומלוה ע"פ א"ג מן הלקוחות . הרי דקי"ל אם אחים שחלקו כלקוחות אין מלוה ע"פ גובה מהם וקשה א"כ בכל היורשים שיש על אביהם חוב ע"פ וחלקו נכסים לא יהי' מלוה ע"פ גובה מהם ואין שום ב"ד מעולם נתכוין על לב כאשר יחלוקו היורשים שעי"ז לא ישלמו מלוה ע"פ בשום אופן דהא קי"ל האחין שחלקו לקוחות הן כו' . ומה יענו כל בתי דינין בישראל עכקוש"י . ומשום זה הוצרך להוכיח דש"ד כו' . ועוד הק' על הרמב"ם והטור דפ' כר"י דנתחייבו הנכסים וקי"ל דאחים שחלקו לקוחות הן א"כ ע"כ צ"ל דר"פ וס"ל דמלוה ע"פ גובה מן הלקוחות. וקשה דהא קי"ל דמלוה ע"פ א"ג מן הלקוחות והאריך בזה לייש' ולהוכיח מזה דש"ד . ובאמת כבר הקדימו בקושי' זו ביש"ש בדיני ברירה והחוו"ע והמע"מ בבכורות שם יעוש"ה ותי' התומים דחוק דעדיין קשה קושי' הנ"ל להפוס' דס"ל שעל"ד . אך יש ליישב קושי' הנ"ל כמ"ש בקצה"ח בסי' ק"ח ס"ק א' דלפי מה שנתבאר בסי' ק"ז דיורש שמכר כל נכסיו בענין שלא יכול לגבות כגון מלוה בשטר ומכרו לעובד כוכבים או מלוה ע"פ ומכרו לישראל חייב היורש מדיני דגרמי . א"כ א"ש דגובין מאחין שחלקו דממ"נ אם יורשין הן בדין הוא דלגבי מינייהו דהא מלוה ע"פ גובה מן היורשין ואי נימא דאין ברירה ולקוחות הן כו' א"כ נמי חייבין משום דינא דגרמי כו' אלא דגבי ה' סלעים הוא דאמרינן דגובה למ"ד לקוחות הן ול"ה דלגבי משום מזיק שעבודו דהתם גבי מתנות כהונה קי"ל דהמזיק מתנ"כ פטור כו' . וא"כ דין מזיק ל"ש גבי מת"כ ודוקא כשהוא בענין צריך ליתן לכהן אבל כל שאינו בענין אינו חייב מדין מזיק והכי גבי ה' סלעים דבן כו' אינו אלא משום מזיק וגבי מת"כ פטור ואע"ג דמשתרשי לי' ומשמע בש"ס בפ' הזרוע דחייב נמי במת"כ כו' דלפמ"ש בשם הר"ן אפי' היכא דמשתרשי לי' נמי פטור במת"כ דהא אכלן נמי משתרשי לי' אלא היכא דהפקיע הוא מצוותו לעולם פטור עכ"ד . וכן דרך בדרך זה במשנת חכמים שם והאריך בזה . וכ"כ בס' מקלוע בתורה בס"ק א' מהגאון מפלאצק ליישב כן יעוש"ה . וא"כ לפי דבריהם ניחא אפי' להפוס' דס"ל דשעל"ד . אבל באמת עדיין תי' זה אינו ברור דזהו ניחא לפ"ד הר"ן הנ"ל אבל לפ"ד התוס' בחולין קל"א א' ד"ה ש"ה דדוקא באכלו למת"כ פטור די"ל הייתי מתשנה עכ"ל . והובא בקצה"ח בסי' ק"ז ס"ק ו' וא"כ לפ"ד התוס' אלו במכר למת"כ וקבל הדמים ודאי מקרי זה משתרשי לי' דחייב במת"כ ג"כ א"כ עדיין קשה קושי' הנ"ל אמאי א"ג מהם מלוה ע"פ בההיא דבכורות דיהיו חייבין משום מזיק שעבודו ועי' בש"ך בסי' ק"ז ס"ק א' שכ' דהיכא דנטל דמים בודאי חייב משום מזיק שעבודו משום דמשתרשי לי' . וכן ראיתי בנחל יצחק בס"ק ד' שהק' כן על הקצה"ח . ועוד הק' על הקצה"ח דלפ"ד תקשה על הא דפ' הטור והמחבר ביו"ד בסי' ש"ה דאף אחר שחלקו נתחייבו נכסים וגובין ה' סלעים ואמאי חייבין הא ה"ל מזיק מת"כ דפטור עכקוש"י והאריך בזה ליישב . וכן ראיתי במעין גנים שכ' נמי ליישב על פ"ד הקצה"ח הנ"ל והק' עליו מד' הטור הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה . ול"ל דהפוס' הנ"ל דס"ל דשעל"ד ס"ל כהר"ן הנ"ל דאף מכרן נמי פטורים במת"כ ועי' ברמב"ם בפ"ט מהל' בכורים הל' י"ד שכ' בהדיא דאף היכא שמכרו מת"כ וקבלו דמים אפי"ה פטורים מלשלם והיינו כד' הר"ן וכן ס"ל להפוס' הנ"ל . ועי' במשנת חכמים שם שהביא ד' הרמב"ם אלו וכ' דבזה תעלה ארוכה מה שהק' על הרמב"ם דמנ"ל לחלק בין אנס המלך גורנו ובין דין מכרן דטעמא דהרמב"ם מהכא והאריך בזה ליישב קושי' הנ"ל מכח זה דבמת"כ אף כי מכרן נמי פטור : וכן פ' המחבר ביו"ד סי' ס"א סעי' ל"א דאף מכרן מת"כ נמי פטור . שוב ראיתי בברית אברהם חחו"מ סי' ח' ובמהרי"ט אלגזי בבכורות שם שהק' על הדין דסי' ק"ז דחייבין משום מזיק שעבודו מהא דבכורות הנ"ל וכ' ליישב עפ"ד הרמב"ם והר"ן הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה . והיינו כהקצה"ח הנ"ל ועי' עוד בקצה"ח בסי' ק"ז ס"ק ו' מ"ש בזה והביא ד' המחבר הנ"ל ועי' בנתיבות שם בס"ק ז' שכ' דטעמא דמשתרשי לי' ל"ש אלא למ"ד ש"ד . אבל למאן דס"ל דשעל"ד אפי' היכא דקאמשתרשי לי' והביא ראי' מהא דבכורות הנ"ל . וא"כ שפיר מיושב קושי' התומים הנ"ל ואין להוכיח מזה דש"ד וכמ"ש . והנה בקצה"ח בס"ק א' הק' לרב ושמואל דס"ל דשעל"ד אפי' במלוה הכתובה בתורה מהא דאמרינן בקידושין ט"ז ב' ואלו מעניקים להם כו' ובמיתת האדון והיכי משכחת הענקה במיתת האדון הא א"ג מיורשין אפי' כתובה בתורה . ובש"פ נ"פ פריך הגמ' ומשני כשעמד בדין ובזה ל"ש הך שינויא עכקוש"י והאריך בזה ליישב . ובאמת לק"מ לפמ"ש המקנה בקידושין שם ד"ה ר"ש כו' דהא דלא חשיב ר"ש מיתת האדון כדחשיב ת"ק משום דסתם ת"ק דר"מ הוא ר"י וא"כ י"ל דר"י אזיל לשיטתי' דס"ל לקמן כ"ט דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא וגגבה מן היורשין לכך ס"ל דהענקה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא ומחויבין היורשין לשלם כשיוצא במיתת האדון כו' ור"ש ס"ל כו' דלאו ככתובה בשטר דמיא ואינה נגבית מן היורשין ולכך לא חשיב מיתת האדון עכ"ד יעוש"ה . וא"כ ניחא דרב ושמואל ס"ל כר"ש דלא חשיב מיתת האדון דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא ות"ק הוא ר"י דס"ל ככתובה בשטר דמיא ולהכי חשיב מיתת האדון ולק"מ קושי' הקצה"ח הנ"ל . ועי' בפ"י בקידושין שם שהק' דהא מטלטלי דיתמי לא משתעבדא לב"ח ואמאי משלמין יורשין הענקה . וכ' ליישב עפ"ד הרשב"א הנ"ל דמדאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלין . ועי' במעין גנים מ"ש בזה . והנה היכא דשעבדו בפירוש דעת הרשב"א בחידושיו לגיטין כ' א' דאפי' למ"ד בעלמא שעל"ד מ"מ בשעבדו בפירוש מודה דהוי דאורייתא ומפני זה דחה הש"ך ראי' הריטב"א שהביא דרבא ס"ל בפ' הניזקין דש"ד דהתם הרי שעבדו בפירוש . וכן הוא דעת רש"י בקידושין י"ג ב' ד"ה אינו גובה דהיכא דשעבדו בפירוש ש"ד . אך התוס' בסוף ב"ב קע"ה ב' ד"ה דבר תורה ס"ל דאף בשעבדו בפירוש שעל"ד וכן משמע מד' התוס' בריש פ' הנזקין מ"ח ב' ד"ה אין נפרעין דאף דשעבדו בפירוש שעל"ד וכן הוא דעת הריטב"א בקידושין שם דאף דשעבדו בפירוש ל"ד :

והנה

והנה הפ"י בריש הנזקין שם הק' על הרשב"א ורש"י הנ"ל מהא דפריך הגמ' בס"פ ג"פ דרבה אדרבה מהא דקאמר גבו קרקע יש לו גבו מעות אין לו ומשני שינוי' דחיקא דרבה לדבריו דבני מערבא קאמר ולי' לא ס"ל ותיפוק לי' דרבה דאמר גבו קרקע כו' איירי בשטר כדאיתא להדיא בפי"ג וא"כ מסתמא איירי בדכתב לי' אחריות דהכי אורחא דמילתא וא"כ בכה"ג האי דאורייתא א"ו ע"כ דלמ"ד שעל"ד היינו בכל ענין אפי' אחריות מפורש עכקוש"י. ועי' בפירוש בקידושין י"ג ב' ד"ה לאו כו' מה שנדחק ליישב והאריך בזה. ובאמת לק"מ די"ל כמ"ש בהמקנה בקידושין שם ליישב קושי' הרשב"א דרבה ס"ל דאין חילוק ואף בשעבדו בפירוש נמי שעל"ד רק לר' יוחנן דס"ל שעל"ד ואפ"ה במלוה הכתובה בתורה מהני השעבוד אליבי' יש לחלק בין שעבדו בפירוש לבין לא שעבדו בפירוש. אבל רבה ס"ל דאין חילוק והביא ראי' מקידושין כ"ח א' גבי השבע לי שאין עבדי אתה דאף רב נמי ס"ל דאין חילוק ואף בשעבדו בפירוש ס"ל דשעל"ד והאריך בזה יעוש"ה. וא"כ ניחא דרבה ס"ל דאף בשעבדו בפירוש שעל"ד ושפיר מקשה הגמ' דרבה אדרבה כיון דלדידי' אין חילוק ולק"מ קושי' הפ"י הנ"ל. ועי' במשנת חכמים שם מ"ש ליישב קושי' הפ"י הנ"ל ועי' בחמדת שלמה בקידושין שם ובס' גרש ירחים בגיטין שם מ"ש בזה. והנה בהמקנה שם הביא ראי' להרשב"א הנ"ל דבשעבדו בפירוש לכ"ע ש"ד מהא דדרשינן בשבועות מ"ז ב' שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים כגון דאמר ל' ידענא וכ' לא ידענא דהיורש פטור ואבוהון כה"ג חייב הרי מוכח דמדאורייתא יש שעבוד שצריך היורש לשלם חוב אביו. דל"ל דמיירי בפקדון שהפקידו אביו דהא הל' הילך ועכצ"ל דמיירי כששעבדו בפירוש דבזה לכ"ע ש"ד וכדר"י ורבה אזלי לשיטתייהו והאריך בזה ולהפוס' הנ"ל דס"ל דאף כששעבדו בפירוש. נמי ל"ד צ"ל כמ"ש הקצה"ח דהנהו דס"ל שעל"ד ס"ל כרב ושמואל דלא דרשי הא ולא בין היורשים בשבועות שם :

עוד הק' שם על הך דרשא דולא בין היורשים דהיכא משכחת לה אי בדאית לי' קרקע ה"ל כפירת שע"ק ואי במחל השעבוד או שאין לו קרקע א"כ מטלטלי דיתמי לא משתעבדי עכקוש"י. וכן הקשה קושי' זו התומים לקמן בסי' ע"ה ס"ק א' והסמ"ע בפי"ט בהל' מלוה הל' ה' ובהפלאה בכתובות י"ב ב' ד"ה ור"ה ובתרומת הכרי בסי' פ"ח סעי' כ"ח ובפ"י בב"ק ק"ה א' ד"ה אמר כו' ובב"מ ד' ב' ד"ה אין נשבעין ובחמדת שלמה בחידושיו לב"מ ל"ה בסוגיא דשתי פרות ובהיד החזקה סי' כ"א ובמעיני החכמה בב"מ ד' ב' ובס' מנחת הבקר שם ובגרש ירחים שם יעוש"ה. ובאמת כבר הקדימו בקוש' זו הרשב"א בחידושיו לשבועות שם ובחידושי הר"ן שם. ותי' דמיירי בטוענין מנה בפקדון או גזלה קיימת ובקצה"ח הביא דהר"ן בחידושיו לשבועות הק' קושי' זו ותי' כגון ששעבד לו מטלטלי אג"ק עכ"ד. ובאמת בחידושי הר"ן לשבועות הנדפס אצל חידושי גאגטי לא תי' כן אלא תי' כמו שהבאתי דבריו לעיל. ובקצה"ח הק' לפי העתקתו בד' הר"ן דלפמ"ש התוס' והרא"ש דאג"ק אינו אלא מדרבנן א"כ ל"ל דמיירי באג"ק ועי' בתומים ובסמ"ע ובהפלאה ובתרומת הכרי ובגרש ירחים הנ"ל שתי' כן דמיירי בששעבד לו מטלטלי אג"ק והקשה עליהם קושי' הקצה"ח הנ"ל ועי' בהמקנה שם שהביא תי' זה ודחה עפ"ד התוס' הנ"ל דאג"ק אינו אלא מדרבנן והיינו כהקצה"ח הנ"ל וכ' ליישב דמיירי כששעבד לו בפירוש אפי' מטלטלין כו' וכ"כ הפ"י בב"מ שם ליישב כן וכ"כ בהיד החזקה שם בתי' הא' ועי' בהפלאה שם מ"ש אח"כ ליישב דמיירי בפקדון כו' וכ"כ הפ"י בב"ק שם בהג"ה ליישב כן דמיירי בפקדון וכ"כ היד החזקה שם בתי' הב' ובמנחת הבקר שם יעוש"ה והיינו כהרשב"א והר"ן הנ"ל. ובאמת לק"מ קושי' הקצה"ח והמקנה הנ"ל די"ל דהתומים והחידושי הר"ן הנ"ל ס"ל דשעבוד עדיף מקנין ואף דקנין אג"ק הוא רק דרבנן מ"מ בשעבוד י"ל דהוי דאורייתא דשעבוד עדיף. והקצה"ח והמקנה הנ"ל ס"ל דאין חילוק מדאורייתא בין שעבוד לקנין ועי' בנתיבות לקמן בסי' ס' ס"ק א' ובקצה"ח שם מ"ש בזה. והנה הקצה"ח תי' על קושי' הנ"ל דלפי מ"ש הרשב"א ניחא דמה"ת אף מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי עכ"ד וכן תי' בהמקנה שם ובסמ"ע שם ולפ"ד קשה ד' הרשב"א הנ"ל דהוא בעצמו הקשה קושי' זו וכנ"ל ולפ"ד בסוף קידושין הנ"ל לק"מ וכמ"ש הקצה"ח. אלא נ"ל דאף דהרשב"א ס"ל דמדאורייתא אף מטלטלי משעבדי היינו דוקא מיני' דידי' אבל מיתמי לא משתעבדי מדאורייתא מטלטלי דהא טענתא של הרשב"א הוא משום דכתיב יוציא אליך את העבוט וכמ"ש הרשב"ם בסוף ב"ב קע"ה ב' וברמב"ן וכ"י שם והכתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט דמשמע דוקא האיש בעצמו אשר אתה נושה בו הוא דיוציא אליך את העבוט ולא ביורשיו. וכ"כ הטע"ם בסי' ק"ז סעי' א' דמש"ה מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ובסי' זה כ' דש"ד נפקא לן מקרא דיוציא אליך את העבוט יעוש"ה והיינו כהרשב"א הנ"ל. וכן משמע בירושלמי בכתובות בפ"ט והובא ברא"ש שם סי' ב' דלכן יתנו ליורשים ולא לב"ח דזו תורה וזו אינה תורה עכ"ל משמע דמה"ת א"ג מטלטלין מן היורשין וכן משמע מד' הרמב"ם בפי"א מהל' מלוה הל' ז' דמה"ת אין גובה מטלטלין מן היורשים והוא מהירושלמי הנ"ל. וכן משמע מד' רש"י ב"מ ס"ז ב' ד"ה אין ב"ח שכ' וז"ל אם מת המלוה ונפלה לפני בניו אין ב"ח גובה הימנה כו' מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח. דבשלמא בעודו קיים גבי אף מגלימא דעל כתפי' שהרי לו הלוה מעותיו ונשתעבד והתורה אמרה יצא שליח ב"ד ויכנס לביתו ויטול משכונו דכתיב והאיש אשר אתה נושה בו כו' ואמרינן לקמן זה שליח ב"ד. אבל היכא דמית בהדי יתמי מאי עבידתי' הרי לא לוו ממנו ואי ירתי קרקעות משתעבדי נכסי' מחיים ומחייב מדין ערב כו' אוזפי' עלייהו סמך אבל מטלטלי אפי' דין ערב ליכא דלאו עלייהו סמך מלוה הואיל בידו להצניען עכ"ל. וכ"כ הנ"י שם יעוש"ה. ומשמע מדבריהם דאף דס"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לפי דלא סמכה דעתי' עליהן מ"מ בחיי הלוה גובה מטלטלין בתורת שעבוד והיינו כהטע"ם הנ"ל. ואף דכ' ג"כ הטעם דלא סמכה דעתי' על שעבוד מטלטלין מ"מ נזיה"כ דבחייו יהי' חל שעבוד על מטלטלין ודלא כהקצה"ח והמקנה הנ"ל דס"ל דאין חילוק בין מיני' דידי' ובין יורשיו אלא דיש חילוק וכמ"ש. ובזה מיושב מה שהק' בהמקנה שם על הרשב"ם הנ"ל מב"מ קט"ו ב' דפריך הגמ' וכיון שמחזירין למה ממשכנין מעיקרא ומשני כדי שלא יעשו מטלטלין אצל בניו הרי משמע היכא דלא משכנו נעשה מטלטלין אצל בניו מדאורייתא עכקוש"י :

ולפמ"ש לק"מ דהתם אצל בניו אף הרשב"א מודה דלא משתעבדי מדאורייתא וממילא דלא קשה נמי מה שהק' הקצה"ח בשם אחיו משבועות ל"ב ב' גבי הכל מודים בעד מיתה כו' דביתמי אף הרשב"א הנ"ל מודה. ועוד יש ליישב קושי' הקצה"ח בשם אחיו דאפי' נימא דמדאורייתא גביא נמי מטלטלין מ"מ עיקר סמיכתה על קרקע הוי משביע עדי קרקע ולכך הק' התוס' והרא"ש בפ' שה"פ ל"ז ב' ובריש ב"מ בתוס' ד' ב' דלמ"ד ש"ד מודה מקלת המ"ל ותי' שאין לו קרקע או שמחל השעבוד. וא"כ פריך שפיר כיון דכתובה אינה נגבית ממטלטלין ע"כ י"ל קרקע ולא מחלה השעבוד ש"מ עדי קרקע חייבין. וכן תי' חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטנייטין וא"כ ל"ל בקושי' הקצה"ח והתומים והמקנה והפ"י והפלאה והיד החזקה הנ"ל או כמו שתי' ברשב"א ובחידושי הר"ן ובפ"י בב"ק ובהפלאה ובהיד החזקה שם בתי' הב' הנ"ל דמיירי בפקדון או כמו שתי' בהמקנה ובפ"י בב"מ שם ובהיד החזקה שם בתי' הא' הנ"ל דמיירי בשעבדו בפירוש. ועי' בנתיבות בס"ק א' ובחמדת שלמה בב"מ שם ובמעיני החכמה שם ובס' תשואות חן בסוף הס' בחידושיו לב"מ בסוגיא דהילך ה"ט מ"ש ליישב קושי' הנ"ל. ועי' בהיד החזקה בסי' כ"ב מ"ש בזה. אבל באמת בחידושי הרשב"א בסוף קידושין שם ובב"ק י"ב א' ובריש פ' הגוזל בתרא הובא בשטמ"ק שם מבואר להדיא דמה"ת גובה מן היורשין אפי' מטלטלי דיתמי יעוש"ה. והיינו כהקצה"ח והמקנה הנ"ל בדעת הרשב"א. ול"ל

דהרשב"א

דהרשב"א בחידושי שבועות הנ"ל הי' אף אי נימא דאף מדאורייתא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי מ"מ ניחא הך דרשה דולא בין היורשין הנ"ל דמיירי בפקדון ועי' עוד בקצה"ח מה שהק' דאמאי בפריעת ב"ח מלוה יורדין לנכסיו וגבי רבית קצוצה כ' ביו"ד בסי' קס"א דלא נחתינן לנכסי' והניח בצ"ע. וכבר הקדימו בקושי' זו במה"א בהל' רבית סי' א' והאריך להוכיח מזה דגם גבי רבית יורדין לנכסיו דזהו בתורת כפי' לגופו ועי' במקלוע בתורה ובנחל יצחק ובס' ישועות ישראל בעי"מ ס"ק ב' מ"ש ליישב קושי' זו והאריכו בזה יעוש"ה. ולפ"ד אין מוכח לד' המה"א הנ"ל. והנה הש"ך העלה דדין זה אי ש"ד או ל"ד הוה ספיקא דדינא ועי' בחידושי הריטב"א בקידושין שם שכ' נ"מ בין אי ש"ד או לד' ועי' בתומים לקמן בסי' מ"ט ס"ק י"ט ובסי' ק"א ס"ק ה' ובסי' ק"ד סעי' י"ג בסמ"ע ס"ק ל"א ובש"ך בס"ק כ' ובבאר הגולה שם אות ס' ובתומים שם ס"ק י"א וביד החזקה שם ובמגלת הרועים באות ש' ש"ד סי' כ' ובמעין גנים מה שכ' נ"מ בין אי ש"ד או לאו דאורייתא. ועי' עוד ביד החזקה שם ובמשנת חכמים שם ובמשכנות יעקב בסי' הנ"ל ובבית שמואל אחרון חו"מ סי' כ"ט ובס' טור האבן בסי' ל"א ובמגלת הרועים ח"ג הנדפס מחדש בש"ד ובנחל יצחק שם ובישועות ישראל שם ובדברי חיים בדיני הלואה סי' א' מ"ש בענין ש"ד והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' עוד בש"ך לקמן בסי' קע"ז ס"ק ה' שכ' דלגבי מכר לכ"ע שעל"ד ועי' בשעה"מ שם. ובאמדת שלמה בקידושין שם מה שהק' על הש"ך והא"ש שם תי' קושי' הג"ה שהביא הש"ך. שם ומיישב בזה נמי קושי' הגהות הט"ז להפוס' דש"ד למה צריך טעם דאחריות ט"ס הוא והאריך בזה. אך הוא הק' כן מסברא דנפשי' ולא ראה שכבר הקדימו בקושי' זו בהגהות הט"ז ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ג אות ט"ז מ"ש ליישב קושי' זו והאריך בזה ועי"ש עוד בדין י"ג אות ח' מה שהק' על ד' הש"ך דסי' קע"ז הנ"ל יעוש"ה. ובאמת קושי' הגהות הט"ז הנ"ל בלא"ה לק"מ דהא כ' הרא"ש בפ' חזה"ב סי' ל"ח וז"ל. דלפי' למ"ד אחריות לאו ט"ס הוא ה"מ כשנזקק לשטר ולא פי' בו אחריות אימר כך הי' התנאי ביניהם עכ"ל. וא"כ ניחא דאפי' אי ש"ד צ"ל אחריות ט"ס הוא דאל"כ שמא כך הי' התנאי ביניהם ולק"מ קושי' הנ"ל. וכן תי' חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל קושי' הגהות הט"ז הנ"ל. וראיתי במגלת הרועים באות ק' קנין פירות אות י"ב שכ' דדין זה דקנין פירות תלוי אי ש"ד או ל"ד דאי ש"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי ואי שעל"ד ק"פ לאו כקנין הגוף דמי. ומש"ה ר"י דס"ל ש"ד אזיל לשיטתי' דס"ל ק"פ כקנין הגוף דמי ושמואל דס"ל שעל"ד משום דס"ל ק"פ לאו כקנין הגוף דמי עכ"ד יעוש"ה. ולא ידענא מאי קאמר דהא ר"ל ס"ל בסוף ב"ב דש"ד ואפ"ה ס"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וכן קבה מרבא. דהתוס' כ' בש"פ השולח מ"ח א' הובא במגלה הרועים שם באות ה' דרבא ס"ל דק"פ כקנין הגוף דמי כר"י והרשב"א בחידושיו בפ' הניזקין הובא במגלת הרועים שם באות ש' ש"ד בס"ק ז' דמספקא לי' אי ס"ל לרבא ש"ד או ל"ד ועי' בש"ך בס"ק ג' וכן קבה מאביי דהתוס' כ' בהניזקין הובא במגלה הרועים שם אות י"ט דס"ל דשעל"ד ובתו' בסוטה כ"א ב' ד"ה אביי כו' לדדו אי ס"ל לאביי ק"פ כקנין הגוף דמי או לאו הובא במגלת הרועים שם באות ו' יעוש"ה :

סעי' ב' (ג) **צריכים** להמלך בו כו'. בש"ך בס"ק ד' השיג על המחבר וכ' דהרמב"ם יחיד הוא בדין זה שכבר חלקו עליו הפוס' כו' וגם מד' הרא"ש נמי אין מוכח כן ובאמת מפורש בהלכות גדולות בהל' כתובות כהרמב"ם שכ' וז"ל למה אמרו בני מתא מהשיא צריכים לאימלוכי בי' נ"מ דצריכין סהדי למימר לגיה כותבין אנו אודיתך דילך לפלוני ונחתום ונותן לי' אם אמר להו כתוב כותבים ואם אמר תהא עדותכם על פה אין כותבין נ"מ אי אמר לסהדי כתובו גובה מנכסים משועבדים דנעשה כמלוה בשטר וטורף ממשעבדי ואם אמר אל תכתבו גובה מנכסים ב"ח וכן הלכה עכ"ל יעוש"ה. הרי להדיא דס"ל כהרמב"ם דצריך לאימלוכו בי' ואין הרמב"ם יחיד הוא בזה.

ולפי מ"ש הפ"י בחידושיו על הטור דאין ראי' מד' הרמב"ם דס"ל גבי הלואה דצריך לאימלוכי בי' דרק גבי הודאה ס"ל להרמב"ם דצריך לאימלוכי בי' דקאי שם על הודאה ומחלק בין הודאה להלואה והאריך בזה להשיג על הב"י ומחבר בדעת הרמב"ם. א"כ אין ראי' נמי מד' בה"ג הנ"ל דהבה"ג קאי נמי אהודאה שכ' כותבין אנו אודיתך לפ' הרי להדיא דקאי על הודאה ולא על הלואה ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ה' שכ' נמי כן לחלק בין הודאה להלואה והשיג על המחבר. ולא ראה ד' הפ"י הנ"ל שכבר הקדימו בזה ועי' בדברי משפט בס"ק ג' מ"ש והאריך בד' הרמב"ם הנ"ל ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ג אות ו' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

(ד) **אחריות** ט"ס הוא. בשעה"מ בס"ק א' נסתפק במחייב עצמו לחבירו בשטר בדבר שאינו חייב אי אמרינן בי' אחריות ט"ס הוא דהא ל"ש כאן לא שדי איניש זוזי בכדי כו' וכ' דתליא בזה אי ש"ד או לאו והאריך בזה. ודבריו צ"ע דהא בכתובות נ"א א' גבי כתב לה שדה שוה מנה תחת מאתים ולא כתב לה כל נכסים דאית לי אחראין לכתובתך חייב שהוא תנאי ב"ד קאמר הגמ' דאתאן לר"י דאמר אחריות ט"ס הוא כו' יעוש"ה. ולפ"ד השעה"מ הנ"ל אף לר"י נמי לא אתיא דהא בכתובה ל"ש לומר לא שדי איניש זוזי בכדי. וא"כ מוכח דאף במחייב עצמו נמי אמרינן דאחריות ט"ס הוא וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל וכן משמע מד' הרשב"ם ב"ב ק"ז א' ד"ה כלקוחות כו' ומד' הנ"י שם דלא כהשעה"מ הנ"ל וכן ראיתי בס' ישועות ישראל בס"ק ג' שכ' דאף במחייב עצמו אמרינן אחריות ט"ס הוא והביא ראי' מדברי התוס' בר"פ הגוזל ומד' הרמב"ם בפי"א מהל' מלוה והאריך בזה ועי' בנו"ב מהדו"ק חו"מ סי' כ"ח משמע שם דס"ל כהשעה"מ הנ"ל יעוש"ה :

סעי' ג' (ה) **בהג"ה** דאם נתקיים דנין על פיו. עי' ש"ך ס"ק ה' שהאריך להשיג על הרמ"א וכ' דפי' אחרון של ר"י שבתוס' בפ"ב דכתובות היינו כפי' ר"ת וכמ"ש התוס' בחזה"ב ועוד אומר ר"י שמע מן ר"ת כו' וכ"כ בד"מ בסי' כ"ח על פי' אחרון של ר"י דאזיל לטעמי' דס"ל כר"ת כו' ולכן אי הוי כסדר השטר כשר כו' עי' בס' משנת דר"א שהשיג על הש"ך דאין ענין ד' ר"י לד' ר"ת והאריך בזה ולפמ"ש הנתיבות בס"ק ו' יש ליישב קצת ד' הש"ך ועי' בס' מקלוע בתורה ס"ק ו' ובבית שמואל אחרון חו"מ סי' ל"ג מ"ש בזה יעוש"ה :

סעי' ד' (ו) **סתם** קנין לכתיבה עומד. עי' בתומים בסימן קע"ז ס"ק פ' שהביא ד' הכנה"ג בשם חכם א' שכ' דלא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אלא במקום שא"צ קנין לגוף החיוב כו' אבל במקום שצריך קנין לגוף החיוב כו' ל"א דלכתיבה עומד והתומים שם האריך בזה וסיים בצ"ע ועי' בס' נחל יצחק בס"ק א' שהק' על הכנה"ג מד' התוס' בב"מ ע"ו א' ד"ה כגון כו' שהק' דאמאי אמר אמליך הא סתם קנין לכתיבה עומד כו' ולפ"ד הכנה"ג הנ"ל הא התם אין לו בבא כ"ז דלא קנו מידו משום איסור ריבית וא"כ הוי תועלת מן הקנין ואפ"ה הק' התוס' נימא סתם קנין כו' א"כ מוכח שלא לחלק בזה עכ"ד. ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ד' מ"ש והאריך בזה ועי' בתומים לקמן בסי' כ"ה ס"ק ב' ובנתיבות שם ס"ק ג' יעוש"ה) :

(ז) **בהג"ה** ויש חולקין בזה. וכן משמע בתוס' בכתובות כ"ה א' ד"ה כתובו כו' שכ' דמש"ה נקט כתובו וחתומו משום סיפא דאפ"ה צריך לאימלוכי בי' כו' יעוש"ה. ואמאי לא כ' דמש"ה נקט כתובו וחתומו דמיירי שלא בפניו ומשמע דס"ל דאין חילוק וכן ראיתי בפ"י שם שכ' דכן הוא דעת התוס' דאין חילוק ואף שלא בפניו אמרינן דסתם קנין כו' וכ"כ בקו"א שם אות קל"ו דכן ס"ל להתוס' דאין חילוק. אבל באמת אין זה מוכרח כלל די"ל דתוס' ס"ל מדקאמר ויהבו לי' ולא אמר ויהבו לפלוני וע"כ מיירי בפניו וכ"כ בשערי בינה שער כ' דין י"ג אות ו' לדחות כן ד' הפ"י ועוד כ' שם לדחות ד' הפ"י הנ"ל והאריך

והאריך בזה ועי' בהפלאה בכתובות שם מ"ש על ד' הפ"י הנ"ל יעוש"ה:

(ח) **כותבין** לו ע"כ. עי' ש"ך ס"ק י"ג שהביא ד' התוס' בכתובות בשם ריב"א וריצ"ס דלוה ומוכר יכולים למחות ונותן מתנה א"י למחות והק' הגאון רע"א בדו"ח שם דלפמ"ש התוס' שם כ' א' בחד תי' דהא דלא הוי מפי כתבם היינו בנעשה מדעת המתחייב א"כ איך יוכלו העדים לכתוב שטר מתנה כיון דהנותן מוחה לא הוי מדעת מתחייב וממילא הוי מפ"כ דלא מהני ע"כ קושיות והניח בקושיא. וכבר קדמוהו בקושיא זו באורים בס"ק י"ט וכ' דל"ל כמו במחאה דהוי הקנת חכמים דלאו כל כמיני' לחזור הואיל וקנו מיני' וכ' דכן נ"ל בלא"ה לענין אם מת הלוה קודם שכתבו כו' ועי' בס' מקלות בתורה בס"ק י"ד מ"ש על ד' האורים אלו והאריך בזה יעוש"ה:

סעי' ט' (ט) **אבל** שניס שבאו לדין כו'. וכ' הסמ"ע דאף דטורף מהלקוחות היכא שהלוה מודה שלא פרע אבל כשטוען פרעתי נאמן והש"ך בס"ק כ"ד השיג עליו וס"ל דבזה אינו טורף מהלקוחות משום דחיישינן לקנוניא ולא מהני מה שהודה שלא פרע ועי' במעין גנים מה שהקשה על הש"ך מב"ב מ"ב א' ומי אמר רב הכי כו' ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ד אות ו' שהק' על הש"ך דסותר ד"ע בענין זה יעוש"ה:

(י) **ואמר** פרעתי נאמן. בקצה"ח בס"ק ו' נסתפק אי גובה היכא מכי עמד בדין ממשעבדי או דאינו גובה אלא ממחרתו והאריך בזה והניח בצ"ע. ועי' בנתיבות בס"ק י' מ"ש בזה. ובאמת מד' הר"ן בחידושיו לב"מ ע"ו א' שהק' כל מודה מקלת יהי' שעבוד קרקעות דהא בעמד בדין גובה ממשעבדי משמע דהיכא יש לו דין שע"ק וכן משמע מד' השימקו"ב בשם הרמב"ן שם יעוש"ה. ועי' עוד בקצה"ח בס"ק ה' שכ' דגבי ערב הוי א"י אם החזרתי והאריך בזה ועי' בנתיבות בס"ק הנ"ל מה שהשיג עליו וע' בס' מקלות בתורה ס"ק כ"ו מ"ש להשיג על הקצה"ח והאריך בזה יעוש"ה ועי' בשעהמ"ש בס"ק ו' מ"ש והאריך בזה:

סעי' יג (יא) **בד"א** בשטר שיש בו קנין כו'. עי' ש"ך ס"ק ל"ט מה שהק' על הרא"ש בדעת הרי"ף ומה שהק' על הטור והאריך בזה ועי' בקצה"ח בס"ק ז' ובנתיבות בס"ק י"ד ובשעהמ"ש בס"ק ח' ובדברי משפט בס"ק ז' ובסוף הס' בחידושים מבן המחבר שם ובמקלות בתורה בס"ק ל"א ובמעין גנים ובס' ישועות ישראל ס"ק י"ז ובס' נחל יצחק ובחידושי פ"י על הטור ובחמדת שלמה בחידושיו לב"מ י"ג בסוגיא דמלא בס"ה ובס' מנחת הבקר שם ובס' חמדת צבי שם ובחידושי הרי"ת שם ובמתנה לוי שם ובבית שמואל אחרון החו"מ סי' ל"א ובושב הכהן סי' ז' ח' ובדברי חיים בדיני הלואה בסי' ב' ג' ובס' תבואת חן בחידושי הלכה על ב"מ בסוגיא הנ"ל מ"ש והאריכו בזה הרבה בד' הרי"ף והרא"ש והטור יעוש"ה:

(יב) **ויתן** השטר ביד המלוה בפניו. וכ' הסמ"ע בס"ק מ"א דכן כ' הרמב"ם אבל התוס' כ' דאליבא דכ"ע אם המלוה עמו לפני העדים תו לא חיישינן דודאי ימסרנו לידו מיד עכ"ל. והש"ך בס"ק מ"ב כ' על הסמ"ע דלא ידעתי היכן כ' התוס' כן ובטור כ' כהרמב"ם והמחבר עכ"ל. ובאמת מבואר כן להדיא בתוס' בגיטין י"ז ב' ד"ה עד כו' דכיון שהי' המלוה שם אמרינן שמיד מסר לו כו'. וכ"כ מד' הרשב"ם ב"ב קע"ג א' ד"ה אלא א"כ כו' שכ' וז"ל וכיון דאנהו ידעי ואין מקפידין זה על זה לא חיישי' תו לשום רמאות עכ"ל יעוש"ה ומשמע דס"ל כהתוס' הנ"ל:

סעי יז (יג) **יכול** לחזור בו זהו דעת הרשב"א והרמב"ן חולק וס"ל דא"י לחזור בו וכן ס"ל להרי"ן מג"ש כהרמב"ן ועי' בקצה"ח בס"ק ח' שכ' דהרשב"א ס"ל דאפילו בקרקע לא מהני שטר במקום כסף והביא ראי' מד' הרשב"א בקידושין ח' גבי מנה אין כאן משכון אין כאן כו' והאריך בזה. ולא ידענא אמאי לא הביא ד' הרשב"א בקידושין ה' א' דמפרש הא דקאמר הגמ' האמר שטר שאין פודין הקדש ומעשר שני דלא כפי' רש"י שם אלא דהיינו בגזבר שכותב שדה הקדש קנוי לך כו' והביא שם ראי' דשט"ח דידי' לא מהני כמו כסף מהא דאמר עולא דבר תורה בנו פדוי לכשיתן ומשמע קודם שיתן אינו פדוי יעוש"ה. הרי להדיא דס"ל להרשב"א דשטר אינו כמו כסף. שוב ראיתי בקצה"ח בסי' ק"ל ס"ק ו' שהביא ד' הרשב"א אלו והאריך בזה ועי' במח"א הל' מכירה קנין מעות סי' ה' ובדברי אמת בענין קניינין סי' ב' מ"ש בזה. ובעיקר דין זה דהרשב"א והרמב"ן הנ"ל עי' בתומים בס"ק כ"ז ובנתיבות בס"ק י"ז ובגליון ש"ע מהגאון רע"א ובדברי משפט בסוף הס' בחידושים מבן המחבר שם ובמקלות בתורה ס"ק ל"ד ובמעין גנים ובתרומת הכרי ובס' נחל יצחק ובס' ישועות ישראל בס"ק כ' ובחידושי פ"י על הטור ובבית שמואל אחרון בסי' ל"ב ובמשכנות יעקב החו"מ סי' י"ח ובתשובת בית אפרים חחו"מ סי' כ' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(יד) **בהג"ה** והמחזיק במשכון כו'. בנתיבות בס"ק י"ח כ' הטעם דדוקא מה שקנה שעבוד נכסי ל"ד לקונה חפץ כו' משא"כ בהחזיק במשכון שיש לו קנין בגוף המשכון לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות דמי לקונה חפץ שנתחייב בדמיו עכ"ד. ודבריו תמוהים דהא מבואר לקמן סי' ע"ב סעי' ל"ב דאם נאבדו המשכנות קודם שהלוהו פטור הרי מבואר דאינו קונה משכון קודם שהלוהו. וע"ק דהרשב"א לשיטתי' דס"ל דאף בשעת הלואה קונה משכון אבל לשיטת התוס' והרא"ש וסייעתם דס"ל דב"ח אינו קונה משכון רק שלא בפ"ה לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים א"כ הכא דהוי בפ"ה ל"ל הך טעמא שכ' הנתיבות הנ"ל וכן הק' חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסעמייטין על הנתיבות ובאמת קושיא שני' הנ"ל יש ליישב לפמ"ש הנתיבות בסי' ס"ו ס"ק י"ב ובסי' ע"ב ס"ק ה' דאף במשכונו בפ"ה יש לו קנין בהמשכון לתפוס בו עד שיופרע לו ואם קדשה בהנאה זו מקודשת לכ"ע והאריך בזה. וא"כ ניחא קושיא שני' הנ"ל. אך קושיא ראשונה מהא דסי' ע"ב סעי' ל"ב הנ"ל קשה על הנתיבות ועי' בקצה"ח בס"ק ט' מ"ש בדעת הרמ"א בשם הרשב"א והעיקר בכונת הרמ"א כמ"ש בס' ישועות ישראל ס"ק כ' דהרמ"א חייב לדעת קצת פוסקים דס"ל דשכירות קרקע אינו נקנה בקנין סודר וכיון דמשכנתא ה"ל רק לפירות אינו נקנה בקנין ולכן צריך שיחזיק בקרקע עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה:

סימן מ

סעי' א' (א) **אע"פ** שלא הי' חייב לו כלום. בש"ך ס"ק א' כ' דאם הודה בטעות דסבור דחייב ואינו חייב שנתברר בעדים או שהודה המלוה כו' ה"ז פטור. ובתומים בס"ק א' כ' דהש"ך הי' לו לבאר דהיינו שהודה נ"כ שהודאתו בטעות הי' אבל אם לא הודה רק שלא הי' חייב מה בכך כו' כיון שהודית שאתה חייב לי' בתורת מתנה נתת לי ולא כל כמיני' לומר טעיתי אלא במגו דפרעתי עכ"ד. וכ"כ הנתיבות בס"ק א' כהתומים ועי' במקלות בתורה בס"ק א' ובס' ישועות ישראל בס"ק א' שהשיגו על התומים וכ' דיכול לטעון שטעה בכל ענין והביאו ראי' מלקמן סי' רל"ב גבי נותן לחבירו יותר מכפי המגיע לו כו' והאריכו בזה יעוש"ה. וכן משמע בגיטין מ' ב' גבי כתבתי ונתתי לו כו' דלא כהתומים והנתיבות הנ"ל וכן הביא במק"ב שם ראי' זו להשיג על התומים. וכן כ' עיקר לדינא דבכ"מ יכול לטעון טעיתי ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א:

(ב) **האומר** לעדים כו'. בקצה"ח בס"ק א' כ' דטעמא דהרמב"ם משום דהודיתא הוי קנין דאפי' חפץ יוכל להקנות בהודיתא כו' והאריך בזה ומסיק לבסוף דקנין הודיתא אינו נגמר אלא בעדים ומיישב בזה קושי' התוס' ב"מ מ"ו א' גבי

גבי הי' עומד בגורן כו' והשיג על הפ"י ר"פ האומר וכ"כ הקצה"ח בסי' קנ"ד ס"ק ג' דאודיתא הוי קנין אף באיסורין ולא מהני רק בעדים והאריך בזה. וכ"כ הגאון רע"א בב"מ שם דלא מהני קנין אודיתא רק בעדים ומיישב קושי' התוס' שם וכן ראיתי בחמדת שלמה חאה"ע סי' ס"ג שכ' דלא מהני קנין אודיתא רק בעדים ומיישב כן קושי' התוס' והאריך בזה ועי' במעיני החכמה בב"מ שם דס"ל נמי כן דקנין אודיתא לא מהני רק בעדים. ולפ"ד יש ליישב הקושיא שהק' בס' מקלוע בתורה בס"ק ו' דאי נימא דאודיתא הוי קנין א"כ מאי פריך הגמ' בע"ז ס"ג א' גבי אתנן בטלה זה הא מחסר משיכה טוקמה דאמר לה דתבעלי לי בטלה זה שאני מודה לך שהוא שלך וא"כ קנתה גוף הטלה והוי אתנן ולא הוי צריך לאוקמא בזונה נכרית ע"כ קושיתי והניח בצ"ע יעוש"ה. ולפ"ד הקצה"ח והגאון רע"א והחמדת שלמה והמעיני החכמה בעצמו ניחא דאיכא למימר דמיירי התם דליכא עדים וכמו שתי' קושי' התוס' הנ"ל ומש"ה צריך לאוקמה בזונה נכרית ולק"מ קושי' המק"ב הנ"ל. ובנתיבות בס"ק א' השיג על הקצה"ח וכ' דהאיך אילא לבו לחלוק מסברא על התוס' והפ"י שכ' דמהני כשמודה בהודאה גמורה אפי' בלא עדים כו' וכ"כ דבב"מ דמהני אתם עדי הודאה גמורה נמי מהני עכ"ד. וכן השיג במעין גנים על הקצה"ח וכ' כהנתיבות והאריך בזה ועי' במשובב נתיבות מ"ש בזה. והנה מ"ש הנתיבות דבב"מ דמהני א"ע מהני נמי הודאה גמורה עי' בש"ך לקמן בסי' פ"א ס"ק נ' שכ' בהדיא דאף להרמב"ם דס"ל דבא"ע יכול להתחייב מ"מ בהודאה גמורה אינו יכול להתחייב וכ"פ בקצה"ח שם בס"ק י"ט ובשעהמ"ש שם וכאן בס"ק ב' כהש"ך וכן הביא הנתיבות גופא שם בחידושים בס"ק ל"א דעת הש"ך באחרונה. ובאמת מבואר להדיא במהרש"א בגיטין י"ג ב' ד"ה גופא כו' כהקצה"ח והגאון רע"א ובחמדת שלמה והמעיני החכמה הנ"ל שכ' וז"ל אע"ג דאפשר נמי בהודיתא מלתא דעריתא היא נמי להביא עדים להודות בפניהם אבל מעמד שלשתן דבר נקל ביותר הוא עכ"ל. וכ"כ במהר"ם לובלין שם יעוש"ה. הרי להדיא דס"ל דבקנין אודיתא בעי עדים וכהקצה"ח והגאון רע"א והחמדת שלמה והמעיני חכמה הנ"ל. ושוב ראיתי בחידושי הריטב"א בב"מ שם שכ' דקנין אודיתא בעי עדים ומיישב בזה קושי' התוס' הנ"ל. והייט כהקצה"ח והגאון רע"א והחמדת שלמה והמעיני חכמה הנ"ל. וכן עיקר לדינא כהקצה"ח והגאון רע"א והח"ש והמעיני החכמה ודלא כהנתיבות והמעין גנים הנ"ל ועי' עוד בפ"י בכתובות שם ובחידושי פ"י על הטור ובנו"ב מהדו"ק חחו"מ סי' ל' ובדברי חיים האה"ע בדיני קידושין סי' ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ב' ובחה"מ ס"ק א' שכ' דאע"ג דהודאה הוי קנין מ"מ כל שלא הי' בפני הזוכה והעדים סברי שבאמת חייב לו כיון שלא נתכוונו לזכות עבורו לא זכה כו' אבל בקנין שטר והודאה צריך כוונת הקונה עכ"ד. והביא ראי' מד' הר"ן בפ' התקבל גבי מחמת עלמו לקטן וכ"כ בסי' ס' בחה"מ ס"ק ע"ז יעוש"ה ועי' בשעהמ"ש בס"ק א' שכ' דהיכא שחייב עלמו בדבר שלא הי' חייב והוא חייב עוד לאחרים מה שלוה מהם כו' נותנים מה שנמצא בידו לנני שלוה ממנו כו' והביא ראי' מפ' הכותב כו' ומיישב בזה קושיית התומים על הש"ך בסי' ל"ט ועי' בבית יהודה שהשיג על השעהמ"ש ודחה הראי' הנ"ל ומיישב קושיית התומים באופן אחר והאריך בזה :

(ג) **און** דכהב לי כו'. בש"ך בס"ק ג' כ' כ' דבזה מודו הרמב"ן והרשב"א היכא דכתב בכת"י וליכא ע"מ גובה מב"ח וכן הוא דעת התוס' והרא"ש כו' עי' בדברי משפט בס"ק א' מ"ה שהק' על זה מד' הרא"ש בריש גיטין ובפרק המגרש ומתוך כך כ' דלא מהני כת"י בלא ע"מ לגבות מב"ח היכא דחב לאחרים והאריך בזה ולבסוף הביא ד' הרשב"א בקידושין פ"ס וביבמות ל"א דכ' דאף בגט מהני כת"י כו' ולפ"ז ה"ה בשטר קנין נמי מהני עכ"ד :

סימן מא

סעי' א' (א) **בהג"ה** וי"א אפי' נמחק לגמרי כו' עי' בסמ"ע בס"ק ג' שכ' דאין כאן מחלוקת ובתומים בס"ק א' השיג על הסמ"ע וכ' דפליגי וד' ר"י כהרז"ה דס"ל דעדים שראו השטר א"י להעיד בב"ד דהוי כעד מפי עד והא דאמרינן בהגוזל קמא ל"ח גבי שורף שטר אי דאיכא סהדי דידעי מאי הוי כתב בי' לכתבו לי' שטרא אחרינא מיירי שיש עליו קיום ב"ד ורא[ו] הקיום כו' והאריך בזה. ובאמת מד' התוס' ביבמות ל"א ב' ד"ה דהזו כו' לא משמע כן שהק' ר"י מהך דהשורף שטרותיו של חבירו כו' ותי' דהם הי' מעידים שכך ראו בשטר שפיר הוו עבדי עכ"ל יעוש"ה. הרי להדיא דר"י חולק על הרז"ה דלא כהתומים וגם הרא"ש שם בסי' ז' כ' כהתוס' הנ"ל ובפ' ג"פ סי' כ' הביא ד' ר"י ולפ"ד התומים סתרי ד' הרא"ש אהדדי. וכן השיג על התומים חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסעמייטין ועי' בדברי משפט בס"ק א' ובמקלוע בתורה בס"ק א' ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ל"ד ובס' ישועות ישראל בס"ק א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(ב) **אם** לא כתבו בו טעם כו'. בנתיבות בס"ק ו' הק' דהא ודאי לא חיישינן לב"ד טועין רק לשכחה כו' והכא ל"ש זה וטעות גמור לטעות לא חיישינן עכקוש"י. ולא ידענא מאי קושיא לי' דהכא ודאי חיישינן לב"ד טועין כיון דלא כתבו טעם למה עשו שטר אחר וגם לא כתבו שקרעו לראשון וודאי חיישינן לשכחה ולב"ד טועין :

סעי' ד' (ג) **מי** שהי' לו חוב על חבירו בשטר כו'. בש"ך בס"ק י"ע הביא ראי' להרמב"ם מומלא שטר כתובה דפ"ק דמליעא ז' ב' והאריך בזה ובקצה"ח בס"ק א' השיג עליו וכ' דבכתובה שאני דחיישינן לצררי ואינו גובה אפי' בתו"ז וכמ"ש הרא"ש בפ"ק דבתרא כו' והביא שכ"כ המשל"מ בפי"א מהל' מלוה והשיג על מהרש"ך ח"ג סי' מ"א שכ' דדוקא לענין שבועה אמרינן דצררי אתפסי' אבל לא לענין פרעון והאריך בזה. ובנתיבות בס"ק י"א השיג עליו וכ' כמהרש"ך דחשש צררי הוא רק לענין שבועה אבל לענין פרעון ודאי דלא חיישינן בכתובה כלל דהא הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום עכ"ד. ועי' במשובב נתיבות ובבית יהודה מ"ש על הנתיבות. ואני מצאתי בהגהות מיימוני בפ"ע מהל' אישות דין ע' שכ' בשם הסמ"ג בהדיא כמהרש"ך והנתיבות דלא כהמשל"מ והקצה"ח הנ"ל וז"ל. היכא דאירכסא כתובתה ואיכא עדי קנין דמוחרת בלא כתובה ולא מצי למימר פרעתי' כל זמן שיושבת תחתיו דלא נתנה כתובה לגבות מנחיים וחזקה אפי' בתו"ז עכ"ל יעוש"ה. הרי להדיא דבכתובה גביא בתו"ז כמהרש"ך והנתיבות ודלא כהמשל"מ והקצה"ח הנ"ל לכן נ"ל דהעיקר כמ"ש הנתיבות דשאני שם בב"מ דקתני לא יחזיר לאו לענין גוביינא מיירי דודאי גובה דכתובה אפי' נפל רק דאין מחזירין לה השטר כשא"א לזה לגבות עכשיו והביא ראי' מד' התוס' ב"מ י"ז. ולענין עיקר דינא לא פליג אהש"ך וכמ"ש בחידושים בס"ק כ"ג ועי' בתומים בס"ק י"ג ובשעהמ"ש בס"ק ה' ובדברי משפט בס"ק ד' ובמקלוע בתורה בס"ק י"ג ובחידושי פ"י על הטור ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' מ"ג ובס' משנת דר"א ובמעין גנים ובבית יהודה ובס' גאון צבי ס"ק ב' ובס' נחל יצחק ס"ק א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ועי"ש עוד בשעהמ"ש מה שנסתפק לענין כת"י בכה"ג אי יכול לטעון פרעתי והאריך בזה ועי' בבית יהודה שכ' דודאי אמרינן דנפל איתרע כו' והאריך בזה :

סימן מב

סעי' א' (א) **פסול** אפי' לגבות בו לאלתר. בש"ך בס"ק א' פ' כר"ח ודחה ראיות הרא"ש מפ"ק דגיטין

דגיטין מהא דכ' הרא"ש גופא שם דכל הני פרכא שייכי נמי אמתניתין כו' והאריך בזה ודבריו דחוקים דאי כוונת הגמרא להקשות אר"א ממתניתין הוה לי' להגמ' לסדר הקושיא אמתניתין וכן ראיתי בקרבן נתנאל על הרא"ש שם שהק' כן. גם מ"ש הש"ך בד' התוס' בפ"ק דגיטין דתיק הוא דאין זה כוונת התוס' אלא כוונת התוס' פשוט דפריך ארבא מר"א א"כ ראיית הרא"ש שפיר מדפריך הגמ' מר"א ש"מ דהלכתא כוותי' ועי' בתומים בס"ק א' ובחידושי פ"י על הטור מ"ש בדעת הרא"ש יעוש"ה ודבריהם נמי דחוקים דהא הרא"ש כ' ולקמן נדקדק בזה ולקמן כ' דיש חילוק בין לאלתר לזמן מרובה דלאלתר כשר. וג"ל ליישב דעת ר"ח דלא תקשי עליו מהא דפריך הגמ' והא בעינן. כתב שא"י להזדייף דהנה לקמן בסי' ס"ט סעי' ב' יש ב' דיעות היכא דאינו גובה ממשעבדי אי יכול לטעון פרעתי. והשתא להנהו דס"ל דיכול לטעון פרעתי קשה מאי פריך הגמ' והא בעינן כתב שא"י להזדייף מאי נפ"מ אי הוי יכול להזדייף או א"י להזדייף הא לענין משעבדי אף אי הוי א"י להזדייף א"ג ואי לענין פרעתי הא יכול לטעון פרעתי ומאי נפ"מ ועי' בש"ך שם בס"ק י"ד ובפרט לדעת הראב"ד דלקמן בסי' ס"ח בשטר העולים בערכאות של עובדי כוכבים אינו גובה ממשועבדים ויכול לטעון פרעתי וא"כ מאי פריך הגמ' והא בעינן כתב שא"י להזדייף. וצ"ל דמיירי כגון שיש בו נאמנות או שהוא בתו"ז ומיירי שהעדים ידעי מהשטר וכמימרא דרבא האי שטרא פרסאי דמסרי נהלי' באפי סהדי ישראל אבל מהנאמנות או מהתו"ז לא ידעי העדים ופריך הגמ' שפיר והא בעינן כתב שא"י להזדייף ודלמא הוא עצמו כתב הנאמנות או הזמן כיון דהעדים לא ידעי מזה וא"כ אין ראי' מזה דהלכה כר"א ולא כר"י דהא לר"י פריך שפיר כנ"ל ליישב דעת ר"ח להנצל מקושי' הרא"ש. דר"ח ס"ל כשיטה הראשונה דלקמן סי' ס"ט סעי' ב' ועי' בשעה"מ בס"ק א' ובדברי משפט בס"ק א' ובמקצוע בתורה בס"ק א' ב' ובמעין גנים ובס' ישועות ישראל בס"ק א' ובמשכנות יעקב חחו"מ סי' י"ט מ"ש והאריכו בזה. אחר כותבי הנ"ל ראיתי בס' גרש ירחים בגיטין י"א א' ד"ה אמר רבא שכ' כן ליישב ד' הר"ח הנ"ל כמ"ש וכ' שם עוד ב' אופנים ליישב ד' ר"ח הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה :

(ב) **בהג"ה** אבל שטר אקנייתא כשר. עי' ש"ך ס"ק ב' שהשיג על הב"ח דסי' קל"א וכ' כהסמ"ע דבשטר מכירה או מתנה אף היכא דליכא ע"מ כשר דהא בשטר קנין כשר אף דבר שיכול להזדייף כו' והאריך בזה ועי' בדברי משפט בס"ק א' שכ' דרמ"א אזיל לשיטתי' דפ' בסי' כ"א דהלכה כר"א אף בשאר שטרות וא"כ לא בעינן מוכח מתוכו כו' דע"א הוא במקום הודאת בע"ד כו' וכ"כ הרמב"ן במלחמות בפ' המגרש כו' ושפיר בשטר אקנייתא כשר דבר שיכול להזדייף כו' אבל לשיטת הפוס' דפ' בשאר שטרות כר"מ ובעי' מוכח מתוכו ובדבר שיכול להזדייף אינו מוכח מתוכו וא"כ לא הוי שטרא עכ"ד. ועי' בתומים בס"ק ב' וכוונתו כהדברי משפט הנ"ל ועי' בקצה"ח בס"ק א' שהשיג על הש"ך וכ' דכ"ז דליכא ע"מ בעי' ע"א או כת"י והכא אינו כת"י דמוכר וגם ליכא ע"מ וע"א אינו מועיל כאן דהא בעינן מוכח מתוכו כמו לר"מ ה"ה לר"א בליכא ע"מ ובדבר דיכול להזדייף אינו מוכח מתוכו עכ"ד ומכח זה כ' כהב"ח והאריך בזה. ובאמת מד' הרמב"ן הנ"ל בגיטין שם במה שתי' לדעת הרי"ף שם דלענין ד"מ מסירת בע"ד כמאה עדים דמי מבואר דבע"א לא בעינן מוכח מתוכו דאל"כ אמאי סבר שמואל שודא דלמא בלא ע"מ מסר וע"א אינו מועיל היום דהא אינו מוכח מתוכו למי מכר קודם ובסוף היום שניהם שווים ואמאי לא אמרינן יחלוקו כמו לר"מ א"ו דאי אמרינן דהא דע"א מהני לאו מטעם דהם עושין קנין רק מטעם דע"א הם במקום הודאת בע"ד לא בעינן מוכח מתוכו וכן ראיתי בדברי משפט בסוף הס' בחידושים מבן המחבר שם שהשיג על הקצה"ח מד' הרמב"ן הנ"ל ועוד השיג עליו מד' הר"ן בגיטין שם והאריך בזה יעוש"ה ועי' במקצוע בתורה בס"ק ג' מה שהשיג על הקצה"ח

והאריך בזה ועי' בנתיבות בס"ק א' מה שהשיג על הקצה"ח ועי' במשובב נתיבות מ"ש בזה והעיקר דדין זה של הסמ"ע והב"ח הנ"ל תליא אי הלכה כר"א בשאר שטרות או כר"מ וכמ"ש הדברי משפט הנ"ל ועי' בש"ך שהוסיף לומר שאם טען להד"ם לא מסרתי לך שטר זה מעולם כו' הוחזק כפרן ועי' בתומים בס"ק הנ"ל ובחידושי פ"י שהשיגו עליו והאריכו בזה ועי' בנתיבות בס"ק הנ"ל ובשעה"מ בס"ק ב' ובדברי משפט בס"ק א' ובמקצוע בתורה בס"ק הנ"ל מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ועי' בהמקנה בקידושין כ"ו א' ד"ה כתב כו' ובבית מאיר באה"ע סי' קל"ג ובס' ישועות ישראל בס"ק ב' מ"ש בזה :

סעי' ה' (ג) **הולכין** אחר התחתון. בשעה"מ בס"ק ג' הביא בשם הרדב"ז בענין ראובן שנתן מעות לשמעון לקנות סחורה והי' ביניהם תנאים וכתבו על הענין שלשה שטרות א' ביד ראובן וא' ביד שמעון וא' ביד שליש ונמצאו השטרות מחולפים בתנאים כי טעה הסופר באחד מהם והשיב הרדב"ז התורה אמרה אחרי רבים להטות ואם השני שטרות בסגנון אחד נתבטל הג' יהי' ביד מי שיהי' דקי"ל בכל דינים שבתורה אחרי רבים וכ"כ הרשב"א לענין ס"ת כו' והק' עליו השעה"מ דהיכא נדמה ממונא לאיסורא דדוקא לענין ס"ת כו' אזלינן בתר רובא משא"כ לענין ממונא כו' דאין הולכין בממון אחר הרוב וגם מה שמדמה הרדב"ז להא דקי"ל אחרי רבים להטות כבר כ' התוס' בר"פ המניח לחלק דשאני גבי דיינים דב"ד הוא דמפקי לי' מחזקה כו' וגם אדמדמית לי' לדיינים לדיימה לעדות עכ"ד. יעוש"ה מה שדחק בד' הרדב"ז אלו. והנה לפמ"ש התומים בקיצור תק"כ בסי' קכ"ד להסביר ד' התוס' הנ"ל דגבי דיינים היחיד בטל נגדם והם המוציאים ממון אין מוציאין בספיקא כי להם הדבר ברור שהוא חייב משא"כ הלוקח שור לרדיא דהב"ד א"י אם הוא מהרוב או מהמיעוט א"כ מספיקא אין מוציאין מיד המוחזק אף שהרוב נגדו עכ"ד והאריך בזה. ולפ"ד שפיר קשה קושי' השעה"מ הנ"ל דהא הכא נמי אין להם בירור בזה דהב"ד עצמם מסופקים בזה והוי כמו מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן. אבל לפמ"ש מהרא"ן ששון שם ד' התוס' דלא כהתומים יעוש"ה בד' התומים לק"מ קושי' השעה"מ הנ"ל די"ל דהרדב"ז ס"ל כפי' מהרא"ן ששון ועי' בגט פשוט בסוף הס' בקונטרס הכללים סי' ב' ובקונטרס הספיקות כלל ו' אות ג' מ"ש בדברי התוס' הנ"ל ועי' בבית יהודה לקמן בסי' נ"ה מ"ש על ד' הרדב"ז הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה והכמ"ל בזה :

סעי' ח' (ד) **בהג"ה** דלא כיש חולקין כו'. עי' ש"ך בס"ק י"ח שהשיג על הבדה"ב והד"מ והלח"מ שדוחים ד' מהרי"ק וכ' בתי' הב' דשאני בכך דתשובות הרא"ש והמחבר לקמן בסי' מ"ג דתפס קודם שנולד הס' או שתפס ברשות כו' ובנתיבות בס"ק ח' הק' עליו דלדבריו דבתופס ברשות אפי' בטוען שמא מהני תפיסה וכ"פ עוד בס"ק ע"ו א"כ אין לך תפיסה ברשות גדולה מזה עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דבס"ק ע"ו שטוען שמא עפ"י השטר שהוא חייב מהני תפיסה ברשות אבל הכא גבי נדון דמהרי"ק כיון דלפי דבריו הוה ודאי בחיובא רק שבא לפטור מכח הלשון שבשטר אמרינן שהוא חייב והוי כמו א"י אם פרעתיך. והא דסי' מ"ג סעי' כ"ז גבי שובר התם נמי כיון שהשובר בא לבטל השטר אמרינן בכל ס' לשון ידו על העליונה אף בטוען שמא כיון דהוא תפס ברשות וכמ"ש הש"ך בס"ק י"ז ולק"מ קושי' הנתיבות ועי' במעין גנים ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ל"ה ובס' ישועות ישראל בס"ק ח' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעי' ט' (ה) **אבל** בדבר שהשטר בטל לא. בתומים בס"ק י"ב הביא ראי' דאפי' נתבטל במקצת ג"כ ל"א יד בעל השטר על התחתונה מהא דאמרינן דשטר שזמנו כתוב בשבת או בעשרה בתשרי שטר מאוחר הוא וכשר וקשה הא פי' בהדיא דלא נזכר יומו בשבת רק כתב זמנו בז' בתשרי ונתכוין בשבת ותינח אם הוא בכ"א בתשרי וכדומה אבל בז' בתשרי הא

אף דאמרינן דבאמת נכתבו בח' בתשרי והקדימו לזה י"ל דטעו וחשבו כי אלול הי' מעובר וא"כ הי' ביום א' ז' תשרי ובאמת טעו וא"כ הוא מוקדם שלא בכוונת העדים ולפ"ז לדעת בעה"ת אין העדים פסולים וגם השטר לא נפסל בכך לגמרי דכל מוקדמים כשרים לב"ח וא"כ דלא נתבטל השטר דהא כשר לב"ח נימא יד בעל השטר על התחתונה ויפסול לגבי משעבדי ולמה מכשירין לגמרי ואמרינן שהוא מאוחר. אלא עכל"ל דאף דנתבטל במקצת ל"א יד בעל השטר התחתונה עכ"ד. ואין זה ראי' דהא הכא עכ"פ הטעות מוכח דכתוב זמנו בשבת אבל בעלמא איכא למימר דנתבטל במקצת אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ומ"מ אף דראיתו אינו ראי' מ"מ הסברא נכונה מצד עצמה דאף בנתבטל במקצת לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה כיון דנתבטל עכ"פ לענין אחד. וכ"כ הפ"י בחידושיו על הטור כהתומים ומיישב בזה קושיית הכה"ג מלעיל סי' ל"ט ועי' בקצה"ח בס"ק ב' ובנתיבות בס"ק ו' ובבית יהודה ובס' ישועות ישראל בס"ק ה' מ"ש על ד' המשל"מ פע"ו מטוען בשם מהרא"ח והאריכו בזה יעוש"ה:

סעי' יא (ו) **אין** לו אלא שניס מאותו מטבע. בנתיבות בס"ק ט' כ' דאם הלוה אומר ג' ומלוה אומר חמש דהייב הלוה שבועה דאורייתא דלא הוי משיב אבידה כמו בסלעים דינרים דש"ה דמסייע לי' שטרא משא"כ בנמחק דל"ל סיוע והוי מגו דהעזה עכ"ד. וכ"פ בחידושים בס"ק כ"ג ודבריו תמוהים דבירושלמי בפ' ג"פ קאמר זוזי דאינון ונמחקו הלה או' חמשה והלה אומר ג' תמן אמרי בן עזאי ור"ע חד אמר נותן שלש ונשבע על השאר וחד אמר כיון שאלו לא הודה לו כל עיקר לא הוה לי' אלא שנים אינו נשבע על השאר ועי' במראה הפנים שם שכ"כ. הרי להדיא דאף בנמחק הוי משיב אבידה ול"ל דהנתיבות גרס כגירסת הפני משה והוא דהלוה אומר דאינו אלא ב' אבל הוא דחוק דמאי זה לפלוגתא דבן עזאי ור"ע דהתם לא פליגי אלא בהלוה אומר שלש ומוכח דלא כהנתיבות וכן הוא הגירסא בירושל' בכתובות בפ' האשה שנתארמלה הלכה א' והובא ברא"ש שם סי' א' אך הרא"ש פי' דהטעם הוא משום דהוי הודאה בקרקעות ולא הוי משיב אבידה אבל הרא"ה פי' משום דהוי משיב אבידה והובא בקרבן נתנאל שם ס"ק ג' וכן בירושלמי בפ' האשה שנתארמלה שם פי' הק"ע משום דהוי משיב אבידה וכמו שפי' הרא"ה. והפ"מ פי' משום דהוי הודאה בקרקעות יעוש"ה וא"כ לפי' הרא"ה מוכח לגמרי דלא כהנתיבות דהוי נמי משיב אבידה ולפי' הרא"ש הוי הטעם משום הודאה בקרקעות ולא משום משיב אבידה אבל עכ"פ הדין הוא דלא כהנתיבות דאינו חייב ש"ד. שוב ראיתי בסמ"ע בס"ק ז' שהביא דברי הירושלמי והרא"ה והרא"ש הנ"ל והק' על הרא"ש מש"ס פ"ק דמציעא ומלקמן סי' מ"ע סעי' ז' גבי ר' יוסף בן שמעון והעלה דלפ"ד הרא"ש בפי' הירושלמי חייב כאן ש"ד דלא כמ"ש וזהו דעת הנתיבות. אבל מפי' הרא"ה והסמ"ע הביא שכ"כ הרשב"א בחידושיו בפ' האשה שנתארמלה מוכח דלא כהנתיבות הנ"ל וצ"ע על הנתיבות שלא הביא דבריהם כלל ואף הסמ"ע מסיים בסוף דבריו והדבר צריך תלמוד וצ"ע לדינא ועי' בבית יהודה מה שהשיג על הסמ"ע הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה:

סעי' יד (ז) **ישבע** המלוה ויטול. בתומים בס"ק ט"ז הק' אמאי הוי שטרי חוב המאוחרים כשרים הא יש כאן פסידא ללוה דאם יתייקרו וישתנה מטבע מקלה לכבידה וא"כ אלו כתבו זמן האמיתי הי' פורע רק מטבע קלה ועכשיו דנתאחר הזמן הרי צריך לפרוע מטבע כבידה וה"ל היזק ע"כ קושייתו. ולפמ"ש הנתיבות בחידושים בס"ק ל"א דזהו דוקא כשכתב לו לשלם במטבע זו כגון ברעגדליך או ברובילס בזה אנו הולכין אחר זמן הלואה ולא אחר זמן הפרעון אבל אם לא נזכר בשטר רק שהלוה לו מאה זהובים שדרך העולם לקוכס הכל בשם זהובים ואין בו קפידא כלל באיזה מטבע ישלם אף שבשעת הלואה הלוה לו במטבע רעגדליך ועכשיו הוקרו ה"ל כקנן לפרוע לו במטבע זהובים עכ"ד. וכ"כ הנתיבות בסי' ע"ד ס"ק ה' וא"כ לק"מ קושיית התומים דהא דאמרינן שט"ה המאוחרים כשרים מיירי דלא נזכר בשטר רק שהלוה לו מאה זהובים כמו שדרך העולם ובזה ליכא למיחש מידי דהא יכול ליתן לו הפחות וכמ"ש הנתיבות הנ"ל ולק"מ קושיית התומים הנ"ל:

(ח) **בהג"ה** נותן לו הפחות. עי' באורים בס"ק מ"ג שכ' וכמו כן אם המלוה מביא ראי' כו' חייב לשלם אך א"י אם יגבה ממשעבדי כו' אף דלא נמצא מפורש בשטר עכ"ד והניח בצ"ע. ועי' בבית יהודה שכ' דודאי גובה ממשעבדי מטבע כבידה כמו שמעידים העדים אף שאינו מפורש בשטר והביא ראי' מסי' ס"א סעי' ז' והאריך בזה:

סימן מג

סעי' א' (א) **ויש** מי שאומר כו'. עי' ש"ך ס"ק ב' שהביא ראי' לדיעה זו מפ"ק דמציעא י"ט א' ועי' תומים בס"ק א' שהשיג על הש"ך והאריך בזה ועי' בנתיבות בס"ק א' ובדברי משפט בס"ק א' ובסוף הס' בחידושים מבן המחבר ובמקלוט בתורה בס"ק א' ובמעין גנים ובחידושי פ"י על הטור ובנו"ב מהדו"ת חו"מ סי' כ"ט ובמשכנות יעקב חו"מ סי' כ"ב ובס' ישועות ישראל בס"ק ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעי' ב' (ב) **אם** השמיט הסופר כו'. עי' בגט פשוט באה"ע סי' קכ"ז מס"ק ל' עד ס"ק נ"א מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעי' ז' (ג) **אלא** מב"ח. בסמ"ע בס"ק א' הק' מהא דכ' המחבר לקמן בסי' נ"ב דשטר שנכלל בו קרן ורבית פסול כו' והוא מד' התוס' והרא"ש דמדמי לי' לשט"ח המוקדמים כו' ובשלמא התוס' והרא"ש לטעמייהו אזלי דס"ל דשט"ח מוקדם פסול לגמרי כו' אבל המחבר דס"ל הכא דגובה מב"ח כו' א"כ בשטר שיש בו רבית נמי נימא הכי דאינו פסול אלא לגבות בו ממשעבדי כו' אבל מב"ח גבי. ודוחק גדול לומר דהמחבר מיירי התם לענין משועבדים. ול"ל דהמחבר מחלק דדוקא הכא כו' לכך לא פסלינן לי' אלא לענין משועבדים לבד אבל התם דיש לגזור אף לענין ב"ח פסלינן לי' לגמרי וא"ג בו כלל עכ"ד ובאמת מבואר להדיא בסמ"ע לקמן בסי' נ"ב ס"ק ב' דקנסינן לי' גם הקרן שלא להגבותו ממשועבדים יעוש"ה. הרי דמפרש להדיא לסי' המחבר דאינו פסול רק למשועבדים ולא הוי דוחק כלל ולא ראה הסמ"ע הנ"ל ד' הסמ"ע אלו. ומה שסתם המחבר דזה ממילא ידעינן דלא חמיר משטר מוקדם. וכן השיג על הסמ"ע חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטמייטין ועי' בתומים בס"ק ד' מה שהק' מב"מ י"ז א' כו' ועי' בנתיבות בס"ק ה' ובבית יהודא ובמקלוט בתורה בס"ק ה' ובספר נחל יצחק ס"ק א' מ"ש ליישב קושיית התומים והאריכו בזה ועי' בסמ"ע ס"ק י"א שכ' דאב טען להד"ס א"נ ובש"ך בס"ק י"ב כ' דאף להד"ס יכול לטעון ועי' בבית שמואל אחרון חו"מ סי' מ"ט שהביא ראי' להסמ"ע מד' התוס' ב"מ ז' ב' ד"ה בזמן כו' ועי' בבית יהודה מה שהשיג עליו והאריך בזה:

סעי' ח' (ד) **בשלא** הקדימו העדים כו'. עי' בסעהמ"ב בס"ק ג' שמיישב קושי' התוס' ב"מ ע"ב א' לפ"מ דקיי"ל דנכתב ביום ונחתם בלילה פסול בכל השטרות משום מוקדם כו' ובסוף ב"ב ס"ל לר"י ור"ל דס"ד כו רק מדרבנן א"נ משום פסידא דלקוחות כו' וא"כ בשטר מוקדם לא נפסלו העדים כלל כו' דהא בעבירה דרבנן בעינן חמוז ממון כו' ותליא זה אי ס"ד או לא"ד עכ"ד. ולפ"ד יש נפ"מ בין אי ס"ד או לא"ד לענין מוקדם ועי' לעיל בסי' ל"ט ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' בקצה"ח בס"ק ג' שכ' דדוקא בעדים החתומים על השטר נאמנים במידי דמלויים לטעות אבל עדים אחרים הבאים

הבאים להעיד כו' ואין עדי השטר לפנינו בזה הוי תרי ותרי ומהני תפיסה עכ"ד ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ז' שהשיג עליו וכ' דתליא אי בשנים אמרינן שטעו והאריך בזה :

סעי' ט' (ה) **מגו** דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא כו'. ולכאורה קשה דהא הוי מגו להוציא. אך בתשובת הרשב"א שממנו מקור דין זה כ' ליישב זה דמש"ה לא הוי מגו להוציא לפי שהשטר לא נתבטל לגמרי ובשטרא אמרינן מגו להוציא עכ"ל יעוש"ה. והיינו דאזיל לטעמי' דס"ל כדעת הרמב"ם ורש"י דמוקדם לא מפסל לגמרי ומד' הרשב"א אלו מוכח דס"ל דלא אמרינן מגו להוציא וקשה מכאן על הכנה"ג והתומים בכללי מגו סי' א' שכ' דהרשב"א ס"ל דאמרינן מגו להוציא וכ"כ המ"מ בפי"ד מהל' מלוה הל' ו' בשם הרשב"א והש"ך לקמן בסי' פ"ג ס"ק ז'. והא מד' הרשב"א הנ"ל מוכח דס"ל דל"א מגו להוציא ועי' בביאורי הגר"א בכללי מגו אות א' מ"ש בזה. וגם קשה לי מד' הרשב"א הנ"ל על הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק י' ובסי' פ"ג ס"ק ה' שכ' דלא אמרינן מגו להוציא במקום שטרא אלא בשטר שגובה בו ממשעבדי אבל בשטר שא"ג בו ממשעבדי הוי מגו להוציא ולא אמרינן והאריך בזה. והא מד' הרשב"א הנ"ל מוכח דאף בשטר שא"ג בו ממשעבדי לא הוי מגו להוציא. ועוד קשה לי על עיקר דין זה דאמאי מהימן המקבל במגו לפמ"ש הרשב"ם ב"ב ל"ב ב' גבי אין שטרא זייפא הוא כו' דמגו נגד הודאת בע"ד לא אמרינן כיון דהוא עצמו מודה דהאי שטרא זייפא הוא יעוש"ה. וא"כ ה"נ הא הוא עצמו מודה דהאי שטרא מוקדם הוא ואמאי נאמן במגו. אבל באמת כבר השיגו הרמב"ן בחידושיו שם על הרשב"ם וכן ס"ל להמחבר והרשב"א הנ"ל ועי' בתומים בכללי מגו סי' ל"ג ובקיצור ת"כ סי' ל"ו ובקצה"ח בסי' ל"ב ס"ק ב' מ"ש יעוש"ה. ושפיר ד' המחבר והרשב"א הנ"ל. והנה לפ"ד התוס' והרא"ש דס"ל דא"ג אף מב"ח ונאמן לומר פרעתי א"כ אמאי נאמן במגו הא הוי מגו להוציא ולפמ"ש הסמ"ע בס"ק י"א דא"י לטעון להד"ס ניחא דהשטר ניתן לכתוב ולא הוי מגו להוציא ולא דמי להא דשטרא זייפא הנ"ל דהתם הוי חספא בעלמא. אך לפ"ד הש"ך בס"ק י"ב שכ' דפסול לגמרי אף לענין להד"ס קשה דהא הוי מגו להוציא ועי' במקלוע בתורה בס"ק י"א ובס' ישועות ישראל בס"ק ט' מ"ש בזה. וראיתי בביאורי הגר"א בס"ק י"א שכ' דמיירי שהחזיק בה שני חזקה כו' אבל בלא"ה קי"ל דמגו להוציא ל"א בשטר פסול וכמש"ש בזוזי עכ"ד. ולפ"ד מיושב קושי' הנ"ל אבל מסתימת ד' המחבר משמע דאיירי אף במתנת מטלטלין וצ"ע ועי' לקמן בסי' פ"ב בכללי מגו סי' א' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעי' יב (ו) **שט"ח** כו'. עי' ש"ך ס"ק כ"ד שהביא בשם מהרא"ן ששון דאע"פ שאחרוהו שלא מדעת המלוה השטר כשר וכ' דפשוט הוא ועי' בבית שמואל אחרון חו"מ סי' ל"ז ובמקלוע בתורה ס"ק י"ד מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(ז) **המאוחרים** כשרים. בש"ך בס"ק כ"ה הביא ד' הב"י בשם בעה"ת דהמוציא על חבירו שטר מאוחר עד דמטי זמני' לא טריף. ותמה הש"ך דהלא ש"ס ערוך הוא בפ"ק דע"ז ט' א' סבור רבנן למימר כו' ולא טריף עד דמטא זמני' ועי' בנו"ב מהדו"ק חו"מ סי' י"א ובישועות יעקב בסי' ל"ט סעי' א' ובמעין גנים שם ובס' נחל יצחק בס"ק ב' ובשיבת ציון סי' ק"ד ובס' משנת דר"א במהדורא קו"ב מ"ש ליישב קושיית הש"ך והאריכו בזה יעוש"ה. ובאמת בלא"ה ניחא די"ל דמן הש"ס לא מוכח רק בשט"ח שאין בו קנין דלא משתעבד רק בכתיבת השטר נמ"ה עד דמטא זמני' לא טריף אבל ביש בו קנין א"כ אם נתאחר השטר בזה הי' יכול לומר שאם מביא עדי קנין שקבלת קנין הי' קודם טורף מזמן הקנין כמו שלא הי' נכתב השטר כלל. וע"ז הביא הב"י בשם בעה"ת דכיון דנכתב השטר ונתאחר אינו טורף רק מזמן השטר. וכן ראיתי בס' מקלוע בתורה בס"ק ט"ו שתי' כן ודייק מד' בעה"ת דמיירי אפי' ביש בו קנין יעוש"ה :

סעיף יד (ח) **על** בע"ה להביא ראי'. בס' מקלוע בתורה בס"ק י"ט הק' דמאי קמ"ל בזה פשיטא דבאינו מקויים יכול לטעון כל טענות כו' אפי' בלא איהרע השטר ואפי' אמנה יכול לטעון כו' וא"כ עכשיו בטוען שלא הלוה נאמן בלא"ה אפי' לא יטעון שהוא מוקדם כיון דיש לו מגו דמזוייף עכקוש"י. וכבר הקדימו בקושי' זו התומים בס"ק י"ח וכן הק' הנתיבות בס"ק י"ג ובאמת לק"מ די"ל דקמ"ל המחבר דאפי' אם הוא לא טען טוענין ב"ד עבורו כיון דיש ריעותא בשטר וכן תי' במעין גנים וכ' דבזה א"ש ד' הש"ך בסי' פ"ב ס"ק ב' יעוש"ה :

סעיף טז (ט) **אבל** אם לקח מיד בקנין כו'. בשעה"מ בס"ק ט' הק' על רש"י והר"ן בפ"ב דגיטין י"ז א' שכ' במשנה כל הגיטין של מכר ומתנה והלואה פסולין דאתי למטרף לקוחות מיומא דכתיבה שלא כדין ומאי גזירה שייך התם הא טרף מיום המכירה אף בלא שטר עכקוש"י. ותי' בדוחק. והנה לפמ"ש הש"ך לקמן בסי' רכ"ה ס"ק א' בשם כנה"ג דהמוכר שדהו בעדים לא אמרינן אחריות ט"ס הוא וא"כ י"ל דגם רש"י והר"ן ס"ל דל"א אחריות ט"ס הוא במוכר שדהו בעדים וא"כ מחמת המכירה גופא א"ג ממשעבדי רק מחמת השטר והשטר הוא מוקדם. אך באמת ז"א דהר"ן ס"ל דאף במוכר שדהו בעדים אמרינן אחריות ט"ס הוא וכמ"ש הג"י בפ"ק דמציעא בשם הרשב"א והר"ן יעוש"ה. וא"כ על הר"ן עדיין הקושיא במקומה אך על רש"י יש ליישב כן וכן מוכח מרש"י בגיטין כ"א א' ד"ה קלוטין כו' ומיושב קושיית התוס' שם יעוש"ה. אבל באמת לק"מ וגם דינו אינו דין דהא כ' הר"ן בקידושין כ"ו א' וז"ל דבשטר קנין אע"ג שנתן כסף אינה קונה משעה ראשונה שאין דעתו לקנות בכסף אלא בשטר שהוא קנין היותר מועיל מכסף שמועיל גם לראי' עכ"ל. והובא בב"י לקמן בסי' ק"ל. ובסי' קל"א סעי' ג' מבואר דשטרי דידן שטרי קנין הן וכ"ד הר"ן וא"כ שפיר כ' רש"י והר"ן דשטר מכר ומתנה שנכתב ביום ונחתם בלילה פסול שאין דעתו לקנות רק בשטר וה"ל שטר מוקדם ופסול ולק"מ קושי' השעה"מ הנ"ל. וכן עיקר לדינא דאף היכא דנתן הכסף ביום פסול היכא דנכתב ביום ונחתם בלילה ודלא כהשעה"מ וכן השיג חותני הגאון מ' יצחק נבי ז"ל על השעה"מ מד' הר"ן הנ"ל :

סעיף כג (י) **נותנין** אותה לראובן. עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהביא בשם הרא"ה שכ' דכן הדין במלוה שזמנו ה' בניסן טורף מלוקח שזמנו בשטר שלו ניסן סתמא ותמה הגאון רע"א דכיון דאתו דנין על עיקר השעבוד אינו יכול להוציא מספיקא מהלוקח דהוי מוחזק כו' והניח בצ"ע. ועי' בנתיבות לקמן בסי' קי"ט ס"ק ד' שכ' בפשיטות דאם הלוקח מוחזק אין הבע"ח יכול להוציא ממנו והביא ראי' מד' התוס' בגיטין י"ז א' ד"ה מפני כו' גבי שטר שאחרו כו' אך כשאין הלוקח מוחזק בהקרקע שלא החזיק עדיין בקרקע רק שקנה בק"ס או בשטר ונולד ספק אם לתנו לבע"ח או ללוקח דנותנין למי שיש זמן בשטר שעבודו עכ"ד. ולפ"ד הנתיבות אלו י"ל דהרא"ה מיירי ג"כ בכה"ג היכא דלא החזיק הלוקח עדיין בהקרקע מש"ה כ' דבזה נותנין לבע"ח ומיושב תמיהת הגאון רע"א הנ"ל. ועי' בדברי משפט בסוף הס' בחידושים מבן המחבר שם שכ' נמי כהנתיבות והביא ראי' מד' התוס' גיטין הנ"ל. אך בשטמ"ק בכתובות ל"ד א' הביא ד' הרא"ה הנ"ל וסיים דלכן מוקמינן הנכסים ביד הבע"ח דכתוב ה' בניסן משום שהקרקע בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראי' עכ"ל. ומשמע מדבריו דאף דהלוקח מוחזק אפ"ה בע"ח מוציא ממנו והיינו דלא כהנתיבות הנ"ל וצ"ל דהתוס' והרא"ה הנ"ל פליגי בדין זה והנתיבות הנ"ל לא ראה ד' השטמ"ק אלו שהרי לא הביאם. ומ"מ תמיהת הגאון רע"א הנ"ל על הרא"ה שפיר מיושב עפ"ד שטמ"ק הנ"ל דמש"ה מפקינן מיד הלוקח המוחזק ונותנין הקרקע ליד הבע"ח משום דקרקע בחזקת בעלי' עומדת עד שיביא ראי'. וכן הביא בחידושי הרא"ה בכתובות שם בשם הרשב"א ממונפלייר הטעם דהבע"ח מוציא מהלוקח משום

משום דקרקע בחזקת בעלי' עומדת ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק א' שכ' דהתוס' גיטין והרא"ה הנ"ל אין חולקין אהדדי דבדין דהרא"ה הנ"ל דבשטר של הלוקח אין זמנו מבורר מקרי ריעותא כמו בנפל לקמן סי' ס"ה כו' מש"ה מוציא הבע"ח שזמנו מבורר מהלוקח כו' והתם גבי שחרור קודם שתקנו זמן לא הוי ריעותא כו' והאריך בזה יעוש"ה. ולפ"ד אין ראי' הנתיבות מד' התוס' גיטין הנ"ל ראי' דהתם גבי שיחרור לא מקרי ריעותא אבל גבי לוקח שאין זמנו מבורר מקרי ריעותא י"ל דאף התוס' הנ"ל מודים דהבע"ח שזמנו מבורר מוציא מהלוקח וכהרא"ה הנ"ל ועי' בס' נחל יצחק מ"ש בזה ועי' בדרישה בסוף סי' קי"ט שכ' דהבע"ח שזמנו מבורר טורף מהלוקח שאין זמנו מבורר והיינו כד' הרא"ה הנ"ל ולא הביא ד' הרא"ה והנתיבות הנ"ל לא ראה ד' הדרישה אלו שהרי לא הביאם. והדרישה כ' שם דאף הרמב"ן מודה לזה וכוונתו דאף הרמב"ן דחולק גבי שני לקוחות דכל לוקח מדחה על הלוקח האחר אבל לגבי בע"ח אין הלוקח יכול לדחות לגבי הבע"ח וכ"כ בס' משנת דר"א בסי' קי"א סעי' א' דזהו כוונת הדרישה והביא שם ד' הרמב"ן בחידושיו לב"ב קע"א ב' שמבואר להדיא כהדרישה והאריך בזה ופ' כן דהבע"ח טורף מהלוקח וכ"כ בסי' ק"ד סעי' י"ג והאריך בזה וכ' דאף דהלוקח מוחזק מ"מ הבע"ח שזמנו מבורר מוציא מהלוקח שאין זמנו מבורר יעוש"ה והיינו דלא כהנתיבות הנ"ל. וגם הוא לא ראה ד' הרא"ה והשימקו"ב הנ"ל שמבואר כן שהרי לא הביאם ועי' בדברי חיים בקונטרס נמים חיים סי' מ"ד שכ' דדין זה אם הבע"ח יכול לגבות מהלוקח תליא במחלוקת רש"י ותוס' בבכורות מ"ט ב' גבי הכל מודים היכא דליכא אלא חמש סלעים כו' והאריך בזה. והעיקר כ' לדינא דאף אם הלוקח מוחזק בהקרקע מ"מ הבע"ח שזמנו מבורר מוציא הקרקע מהלוקח שאין זמנו מבורר וכדמבואר בד' הרא"ה והשימקו"ב וכמ"ש המשנת דר"א ודלא כהנתיבות הנ"ל וכ"כ בישועות ישראל ובנחל יצחק הנ"ל וכן עיקר. ועי' בקצה"ח בס"ק ז' ובס' מקלוט בתורה בס"ק כ"ו ובדו"ח מהגאון רע"א מערכה י"ד מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ולענין שני לקוחות אם יכול הלוקח שזמנו מבורר להוציא מן הלוקח עי' בשעהמ"ש בס"ק ה' ובדברי משפט בסי' קי"ט ס"ק א' מ"ש והאריכו בזה :

(יא) **לפיכך** אם יכתבו הרשאה כו'. ע"י בס' נחל יצחק מ"ש ליישב קושיית קונטרס הספיקות כלל א' אות ג' על הרי"ף בר"פ המפקיד שכ' דחולקין הכפל דהא מלי הגנב לדחות לכ"א דהרשאה לא מהני בקנס עפ"ד התוס' בבכורות מ"ט א' ד"ה ה"מ כו' וכן ראיתי בס' ישועות ישראל בסי' מ"ט ס"ק י' שכ"כ ליישב קושיית קוה"ס עפ"ד התוס' אלו ועי' לעיל בסי' כ"ה בכללי תפיסה בסי' ב' מ"ש ליישב קושיא זו יעוש"ה :

סעיף כח (יב) **נותנים** למי שכתוב בו אדר סתם. עי' ש"ך ס"ק מ"ו שהביא מ"ש ביו"ד סי' ר"כ כו' דאמרינן יחלוקו ועי' בשעהמ"ש בס"ק י"ב מה שהשיג על הש"ך ועי' בבית יהודא מה שהשיג על השעהמ"ש והסכים להש"ך והאריך בזה ועי' בס' מקלוט בתורה בס"ק ל' ובג"פ באה"ע סי' קכ"ו ס"ק ל"ב מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

....

סימן מד

סעיף א (א) **שאין** למידין משיטה אחרונה. עי' בש"ך בס"ק ד' שהביא ד' הב"י בשם הרשב"א דאפי' אמרו העדים לא הרחיקו ואנו כתבנו שיטה אחרונה אין נאמנים להכשיר כו' דכל שאין מוכיח מתוך השטר אין לו דין שטר עכ"ד. ועי' בס' מקלוט בתורה בס"ק ג' שהק' דהא אנן קי"ל דעדי מסירה כרתי אע"פ שאין מוכח מתוך השטר כלום כו' והניח בצ"ע ועי' בס' משנת דר"א במהדורא קו"ב שכ' על ד' הש"ך הנ"ל דהרשב"א לטעמי' אזיל דפ' בשטרות דלא כר"א אלא דבעינן ע"ח דוקא כו'. אבל לשיטת הש"ע דלא בעי ע"ח ממילא כ"ש דלא בעי מוכח מתוכו ואמאי שהיס ומייתי לי' הכא הש"ך עכ"ד. ובאמת לק"מ לפמ"ש הב"ש באה"ע בסי' קל"א ס"ק ג' דאף נר"א דס"ל ע"מ כרתי מ"מ אם לא הי' ע"מ רק ע"ה בזה בעינן אף לר"א דיהי' מוכח מתוכו וכ"כ הג"פ בסי' קכ"ד ס"ק ה' והאריך בזה יעוש"ה וכן ס"ל להש"ך ושפיר הביא ד' הרשב"א הנ"ל אף להמחבר דפ' כר"א ולק"מ קושי' המקלוט בתורה והמשנת דר"א הנ"ל. וכן ראיתי בס' נחל יצחק בס"ק א' שכ' דהש"ך ס"ל כהב"ש והג"פ הנ"ל וכ' דהטעם דבעינן מוכח מתוכו משום דהוי אלי דבר והאריך הרבה בזה וכ"כ בחמדת שלמה בחידושיו לגיטין הנדפס מחדש כ"ד ב' בתוס' ד"ה ה"נ כו' והאריך בזה ועי' בתשובות ר' משולם איגרא הנדפס מחדש אחו"מ סי' א' מ"ש בזה ועי' בתומים בס"ק ב' ובנתיבות בס"ק א' ובדברי משפט בס"ק ב' ובתומים בסי' מ"ט ס"ק ז' ח' ובנתיבות שם בס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ב (ב) **אם** השטר כולו מכת"י כו'. בנתיבות בס"ק ג' הקשה על התומים דכאן פ' דחיישינן לקנוניא אף היכא דלא איתרע ובסי' מ"ג סעי' ו' כ' להיפוך עכקוש"י. והנה מסי' מ"ג לא קשה דהתומים עצמו כ' שם בס"ק ג' דלענין בכ"ח ל"ח לקנוניא אבל לענין לקוחות חיישינן לקנוניא. אך קשה לי על התומים דהתומים בעצמו כ' בסי' ל"ט ס"ק ט"ו כהסמ"ע דלא חיישינן לקנוניא היכא דלא איתרע לדעת התוס' והרא"ש והטור אך לדעת הרי"ף והרמב"ם כ' שם דס"ל כהש"ך ועי' באורים שם בס"ק ל"ג ובאורים בסי' ע"ט ס"ק ל"ב וא"כ הוי פלוגתא דרבוותא אי חיישינן לקנוניא היכא דלא איתרע ואין כאן מ"ל בזה ועי' בבית יהודא מה שהשיג על הנתיבות :

סעיף ו (ג) **או בינו** שיטי כו' כשר ויש פוסלין. עי' ש"ך בס"ק ט"ו והקצה"ח בס"ק ב' כ' דאם נמצא מחק מתוכו לאחר חיתום שטרות דכשר משום מגו דאי בעי גייז לי' כו' וכ"כ הנתיבות בס"ק ו' כהקצה"ח וכ' דזהו פשוט. ולכאורה קשה דהא ה"ל מגו להוציא דלא אמרינן וצ"ל דס"ל להקצה"ח והנתיבות דכיון דהיכא דשטרא מעליא מסייע להמגו אמרינן מגו להוציא וכמבואר לקמן בכללי מגו סי' א'. א"כ ה"ה בשובר שתחת העדים מקרי השטר בשם שטרא מעליא דמסייע דאמרינן מגו להוציא וא"כ לפמ"ש הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק י' ובסי' פ"ג ס"ק ה' דל"א מגו להוציא במקום שטרא אלא בשטר שגובה בו ממשעבדי אבל בשטר שא"ג ממשעבדי הוי מגו להוציא ול"א וא"כ ה"ה הכא בשטר שאין בו אחריות שאינו גובה בו ממשעבדי וכמבואר לקמן בסי' ס"ט בש"ך ס"ק י"ד בזה אם נמצא מחק למטה פסול השטר ול"ש לומר בזה דיהא נאמן במגו דאי בעי גייז לי' דהא הוי מגו להוציא דל"א. וכ"כ בס' נחל יצחק בס"ק ב' והאריך בזה ועי' לעיל בסי' מ"ג ס"ק ה' ולקמן בסי' ס"ט ס"ק ד' מה שכתבתי בזה יעוש"ה :

סעיף יא (ד) **שטר** שיש בו מחקים כו'. עי' ש"ך ס"ק כ"ד דהביא בשם הרשב"א דמהני קיום המחק בין עד לעד כו' והשיג עליו ועי' בתומים בס"ק י"ג שכ' כהרשב"א והאריך בזה ועי' בדברי משפט בס"ק ג' מ"ש דתליא בדין דלקמן סי' כ"א סעי' ב' גבי הוציא עליו שט"ח בע"א אי אמרינן דהוי משואיל"מ והאריך בזה :

סימן מה

סעיף א (א) **העדים** חותמים למטה כו'. עי' בקצה"ח בס"ק א' שכ' דאם העדים חתמו תחלה על נייר חלק ואח"כ כתבו על חתימתן השטר פסול משום דבעינן הכתיבה קודם לחתימה וכן מבואר בתוס' גיטין ד' א' כו' והביא דגם הב"ח בתשובה סי' ד' כ"כ ועי' בס' נחל יצחק בס"ק

בס"ק א' מ"ש והאריך הרבה בדין זה ופ' דמהני תפיסה בזה יעוש"ה :

סעיף ב (ב) **בהג"ה** דשנים יקראו לפניהם כו'. עי' בשעהמ"ש בס"ק א' שהאריך בזה וכ' דהרמב"ן ס"ל דאף בגיטין אינו אסור באומר אמרו אלא לכתחלה ולא ראה ד' הר"ן בס"פ התקבל ס"ו ב' בסוגיא דאומר אמרו וד' הב"י באה"ע סי' ק"כ דהב"י ס"ל בדעת הרמב"ן דבאומר אמרו הגט בטל וכן ס"ל להב"ש שם בס"ק ז' והר"ן ס"ל בדעתו דהוי ספק מגורשת וא"כ אף להר"ן בדעת הרמב"ן הוי הדין דאם נשאת תצא ולא כהשעהמ"ש הנ"ל שכ' דאינו אסור אלא לכתחלה להרמב"ן ועי' בפר"ח שם ובנ"פ שם בס"ק כ"ה מ"ש בזה בד' הרמב"ן יעוש"ה :

סעיף ה (ג) **מקום** שנהגו שהסופר כו'. וכ' הסמ"ע בס"ק ח' דה"ה לוה המחייב עצמו בכת"י או בממר"ס שכ' פב"פ חתם במס"ק או שכ' פב"פ צוה לחתום מהני כו' וכש"ך בס"ק ח' כ' דאפי' לא קבלו בני העיר המנהג הזה מהני דהא דבעינן קבלו היינו דוקא בעד כו' משא"כ הכא שמתחייב עצמו בכך עכ"ד . ובקצה"ח בס"ק ב' כ' דהא דבכת"י מהני אפי' בלא מנהג היינו דוקא בשטר ראי' כו' משא"כ היכא שבא להתחייב עצמו בכת"י או בממר"ס אפי' אינו חייב בזה ודאי בעינן חתימתו ממש וכשלוה לאחר לחתום אין בזה לא משום מעיד כו' ולא משום שליחות לא שייך בזה. והביא ראי' מד' הגהות אשר"י בפ"ק דגיטין כו' והאריך בזה. ובנתיבות בס"ק ב' השיג על הקצה"ח ודחה ראייתו דודאי לא מהני לעשות שליח להיות עד כו' אך בבא להתחייב עצמו שבחת"י עושה קנין ודאי מועיל שליחות לעשות קנין עכ"ד . ועי' במשובב נתיבות מ"ש בזה. ובאמת יש להוכיח מד' התוס' בכתובות ק"ב א' ד"ה אליבא כו' דלא כהקצה"ח אלא כהש"ך והנתיבות הנ"ל שכ' וז"ל ואין לתמוה היכי משתעבד בשטר זה הא אין מטלטלין נקנה בשטר ואיך יכול לחייב עצמו מה שכ' בשטר חייב אני לך מנה מה שאינו חייב . וי"ל דהואיל וטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשי' שהרי אפי' באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כו' ועוד דשמעינן לי' לר"י הנותן מתנה מועטת לחבירו קנה אע"פ שלא הגיע לידו דגמר ומקני ה"נ מתוך שטרח ליתנם בשטר בכה"ג גמר ומקני עכ"ל יעוש"ה . נמצא דאף אם חתם עצמו בחתימת ידו ממש אינו יכול לחייב עצמו בזה שחתם עצמו רק דאמרינן כיון דטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשי' וא"כ מה לי שחתם עצמו בחתימת ידו ממש או אם אינו יכול לחתום עצמו ומוסר הקולמס לאחר שיחתום אותו דא ודא אחת היא דאנו רואים דגמר ומשעבד נפשי' דטרח למכתב שטרא . ול"ד להא דהגהות אשר"י הנ"ל דהתם תלוי הדבר בחתימת העדים לכך אינו מועיל מה שמלוה לאחר לחתום שאין שייך בזה שליחות אבל בבע"ד שמחייב עצמו בכת"י דזה אינו תלוי בחתימת ידו דמטלטלין אין נקנים בשטר רק משום דגמר ומשעבד נפשי' וכמ"ש התוס' הנ"ל . וטעם זה שייך ג"כ במס"ק. וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג על הקצה"ח מד' התוס' הנ"ל והאריך בזה וא"כ הביא ד' הב"י בשם הרשב"א דמוכח כהש"ך הנ"ל . ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ב' שהביא נמי ד' התוס' הנ"ל ומחלק בין שטר קנין לשטר חיוב מחדש ודחק ליישב ד' הקצה"ח שלא יהא קשה עליו מד' התוס' הנ"ל והאריך בזה והביא ד' המק"ח בסי' תמ"ח דס"ל דבשטר קנין לא מהני במס"ק ופ' כן דבשטר חיוב מחדש מהני במס"ק ובשטר קנין לא מהני במס"ק . ועי' בס' מקצוע בתורה בס"ק ג' מ"ש בזה וכן עיקר לדינא דבשטר חיוב מחדש מהני במס"ק וכדמוכח מד' התוס' ודלא כהקצה"ח הנ"ל . וכן ראיתי במעין גנים שכ' דהעולם נהגו כמ"ש הש"ך דבלוה המחייב א"ע מהני בכל ענין ועי' עוד במקצוע בתורה בס"ק ד' שתמה על הטור והמחבר שהשמיטו הירושלמי שמישב על הקושי' והלא כתב ידן של ראשונים שמרחיבין להם הקרקע כו' והניח בצ"ע וכן תמה בנתיבות בס"ק א' והניח בקושי' ועי' בפני משה בירושלמי שם מה שפי' בכוונת הירושלמי הנ"ל יעוש"ה :

סעיף יב (ד) **אם** יש עדות ברורה כו'. בשעהמ"ש בס"ק ו' הק' אמאי בישבו כולם לחתום השטר בטל הא קי"ל בסי' כ"ב דאם קבל עליו קא"פ להיות דיין או עד לאחר גמ"ד א"י לחזור בו כו' וא"כ לענין שטר דהא השטר לא נכתב אלא ע"פ צווי הלוה שאמר לעדים כתבו וחתמו וא"כ הרי הלוה קבל עליו הקא"פ ומיד שחתם עצמו בשטר הוי כהעיד לפני ב"ד כו' ה"נ כיון שכבר הגידו העדות בשטר שוב אין הלוה יכול לחזור בו וא"כ אין השטר פסול כלל עכקוש"י והניח בצ"ע . ולפמ"ש המהרי"ט ח"א סי' קכ"ז דכיון דהוי שלשה אבל הלואה וחתומים בהשטר נעשים ב"ד וב"ד יכולים לכתוב אף בע"כ של הלוה ומחלק מבין הסיא דסנהדרין כ"ט גבי הודאה לבין הך והאריך בזה יעוש"ה. וא"כ ניחא דהכא מיירי שלא אמר להם הלוה כתבו וחתמו יכולין לחתום אף בלי צווי הלוה כיון שהוי' ג' נעשים ב"ד ומש"ה בטל השטר כיון דנמצא אחד מהם קא"פ . ועי' בנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' כ"א שכ' דגבי ממון לא מהני בלי צווי הבע"ד אף דהוי ג' רק גבי איסורא וגבי שלשה שנכנסו לבקר את החולה והביא ראי' מהא דסנהדרין הנ"ל והאריך בזה ולא הביא ד' המהרי"ט הנ"ל. ובמהרי"ט שם מבואר להדיא דאף בממון נמי מהני ומיישב שלא תקשה מהא דסנהדרין הנ"ל ועי' בקצה"ח לקמן בסי' רנ"ג ס"ק ג' מ"ש בזה ולק"מ קושי' השעהמ"ש הנ"ל . אבל באמת ז"א דאם נימא דהם נעשו ב"ד א"כ אין הקא"פ שמתכוין להעיד פוסלין דאין עד פסול פוסל לדיינים וכ"כ הנתיבות בסי' ל"ו בס"ק ע' בתשובה שם בד"ה ועתה נבוא כו' והאריך בזה יעוש"ה . וא"כ הדרא קושי' לדוכתי'. ונ"ל דהמחבר מיירי היכא דקנו מידו דא"צ לומר כתבו דהתם קנין לכתיבה עומד וכדלעיל סי' ל"ט סעי' ג' ומש"ה בטל השטר כיון דנמצא אחד מהם קא"פ ולק"מ קושי' השעהמ"ש הנ"ל :

(ה) **אע"פ** שהעד החתום מתחלה כו' . עי' ש"ך ס"ק כ"ג שהוכיח דלבסוף פסול וסתר ראיית הרמב"ן והאריך בזה ועי' בתומים בס"ק י"ד ובקצה"ח בס"ק ג' ובנתיבות בס"ק ג' ובמקצוע בתורה בס"ק י"ח ובמעין גנים ובס' ישועות ישראל בס"ק ז' ובנ"פ באה"ע סי' ק"כ ס"ק ל"א ובתורת גיטין שם ס"ק כ"ה ובישועות יעקב שם ס"ק ע"ו ע"ז ובמשכנות יעקב חחו"מ סי' כ"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן מו

סעיף א (א) **כל** זמן שלא נתקיים השטר כו'. בתומים בכללי מגו בסי' מ"ו הקשה במאי דאמרינן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו והא הוי מגו בטענה דלא שכיחי דלא אמרינן עכקוש"י . ונ"ל ליישב דהכא הוי הפה שאסר ועדיף טפי ממגו דאף דל"א מגו בטענה דל"ש אבל מגו בעיקר הטענה דל"ש אמרינן וכ"כ הרמב"ן בהדיא בפ' המוכר את הבית ע' א' ד"ה א"ד כו' משום דהכא הוי הפה שאסר הובא דבריו בש"ך לקמן בסי' ק"ח ס"ק ז' יעוש"ה . ואף דהש"ך שם דחה זה מ"מ הא הטור והמחבר שם ס"ל כהרמב"ן וכ"כ הקצה"ח בסי' ע"א ס"ק ה' ובסי' ל"ז ס"ק י"א ובסי' ק"ח ס"ק ד' דהפה שאסר עדיף ממגו והאריך בזה וכ"כ בנתיבות בסי' ע"א ס"ק ד' . והתומים ס"ל כהש"ך הנ"ל דאין חילוק בין מגו להפה שאסר ועי' בתומים בסי' ק"ח שם בס"ק ב' מ"ש בזה ומש"ה הק' שפיר אבל לפ"ד הרמב"ן הנ"ל ניחא ולק"מ קושי' הנ"ל. ועי' בתוס' ב"ק ע"ב ב' ד"ה אין לך שמחלקין כה"ג לענין עדים בין מגו להפה שאסר וכן לקמן בסי' ע"א סעי' א' מחלקינן כה"ג לענין נאמנות דמגו בעיקר הנאמנות מהני ועי' בהפלאה בכתובות י"ט מ"ש לענין מגו בעיקר העדים והאריך בזה ועי' בס' טור האבן סי' ע"ו ובס' נחל יצחק בסי' ל"ז מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ובזה מיושב נמי מה שקשה לכאורה על

הרשב"א

הרשב"א בחידושיו לכתובות י"ט א' בשם הראב"ד והובא בשיטמקו"ב שם שתי' על קושי' התוס' שם משום דהוי מגו במקום דמשים עצמו רשע שאסור להשהות שטר אמנה בתוך ביתו ועי' בפ"י שם ובקו"א שם אות כ"ט מ"ש בזה. ולפ"ד אמאי נאמן כאן הלוה לטעון אמנה במגו דמזויף והא הוי מגו במקום דמשים עצמו רשע ואף אי נימא דאל תשכן באהליך לא קאי רק על המלוה ולא על הלוה מ"מ הא עבר על לפני עור ל"ת מכשול אבל לפמ"ש ניחא דהא הוי ספק שאסור ונאמן אף במקום דמשים עצמו רשע. ובזה ניחא נמי ליישב ד' התוס' בכתובות שם דמש"ה לא תי' משום דהוי מגו במקום דמשים עצמו רשע וכהרשב"א בשם הראב"ד הנ"ל. דס"ל דא"כ קשה אמאי נאמן הכא הלוה לטעון אמנה במגו דמזויף ול"ל משום דהוי ספק שאסר דהא התוס' שם ד"ה חזקה כו' ס"ל דאין חילוק בין מגו להפה שאסר וכמ"ש הפ"י בקו"א שם אות כ"ז וכן ס"ל להתוס' ב"ב ה' ב' ד"ה ני כו' דאין חילוק במאי שהקשו שם מדרמי בר חמא כו' והובא בש"ך בסי' ק"ח שם במוסגר יעוש"ה. ואף דהתוס' בב"ק הנ"ל ס"ל לחלק בין מגו להפה שאסר מ"מ י"ל דהתוס' כתובות הנ"ל ס"ל כמ"ש התוס' שם באותו עמוד ד"ה חזקה וב"ב הנ"ל דאין חילוק בין מגו להפה שאסר ומש"ה תי' דבדר"כ א"י למחול ולא תי' כהרשב"א הנ"ל. ובזה מיושב נמי קושיית התומים כאן בס"ק א' שהק' על הסמ"ע מהא"ע סי' קנ"ב דאיתא שם דאשה שסוליאה גיטה נאמן הבעל לטעון מזויף וא"כ לטעון ממני נפל במגו דמזויף ובקצה"ח בס"ק א' כ' מכח קושי' זו דלא כהסמ"ע אלא כהבתי ללות פי' דתחלת הכתיבה נעשה להלוות והאריך בזה. ובאמת דהא הב"י בסי' פ"ב נמי פי' כהסמ"ע ועי' בנתיבות בס"ק א' ובדברי משפט בס"ק א' ובמקלוט בהורה בס"ק א' ובס' נחל יצחק בס"ק א' מ"ש ליישב קושי' זו והאריכו בזה. ולפי הנ"ל ניחא דהתם גבי גט הוי מגו דאם לא ערער הבעל אנו לא טענינן מזויף לכך א"כ במגו אבל הכא הוי הפה שאסר דהא אנן טענינן מזויף אפי' אם לא טען לכך נאמן במגו לטעון ממני נפל ולק"מ קושי' התומים הנ"ל. וכן ראיתי בס' ישועות ישראל בס"ק ב' שכ' כן ליישב קושי' התומים הנ"ל ואין כאן עמ"ל בזה וא"ש במקום אחר אבאר זה בארוכה. ומ"ש התומים כאן על ד' הסמ"מ דאם הוא רוב אין אומרים מגו נגד הרוב עי' בתומים בכללי מגו סי' ל"ה ובנו"ב מהדו"ת חא"ע סי' י"ד מ"ש בזה ועי' לעיל סי' ל"ה ס"ק ב' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

סעיף ב (ב) **אבל** אם יש בו נאמנות לא. בתומים בס"ק ב' הק' דא"כ בכתובות י"ט א' גבי האומר שטר אמנה לוקי בדאמר לוה ויש בו נאמנות ולא יצטרך לאוקמי כדר"ה אמר רב כו' דהא כשמוקי בהב לאחרים ג"כ ע"כ מיירי ביש בו נאמנות כו' עכקוש"י. ובנתיבות בס"ק ב' השיג עליו דהא למאן דמוקי בדאמר מלוה י"ל דמיירי באין בו נאמנות ולא אמר אשתבע לי כמבואר בש"ך בסי' מ"ז עכ"ד. ובאמת אין זה השגה על התומים דהתומים בעצמו בסי' מ"ז ס"ק א' השיג על הש"ך וא"כ לפי שיטתו שפיר מקשה ועי' בס' מקלוט בהורה בס"ק ב' מ"ש ליישב הרבה לשיטתי' דס"ל בב"מ פ"א ב' דאמרינן מגו במקום עדים יעוש"ה :

סעיף ג (ג) **כיצד** הוא הקיום כו'. עי' בדברי משפט בס"ק ב' מה שהביא ד' הפרישה וכ' עפ"ד ליישב קושי' מהר"ם לובלין בריש גיטין בתוס' ד"ה ואם כו' דמאי נפ"מ אי טענינן ליחוי מזויף או פרוע כו' והאריך בזה ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק א' ובתומים לקמן בסי' ס"ט ס"ק י"א ובתורת גיטין בגיטין שם ובחידושי המדת שלמה שם ובגרש ירחים שם מ"ש ליישב קושי' מהר"ם לובלין הנ"ל יעוש"ה :

סעיף ד (ד) **אין** מקיימין שטרות בלילה. עי' בסמ"ע בס"ק ו' ובש"ך בס"ק ד' שכ' דאם באו שני הבע"ד לפני הדיין בלילה מקיימין דה"ל כקבלו עלייהו קרוב או פסול עכ"ד. ובתומים בס"ק ג' השיג עליהם דמה מהני קבלת מלוה ולוה לחוב ללקוחות כו' וכ' דאף הם לא אמרו רק בשטר ממרי"א שהוא רק כת"י כו' אבל בשטר שיש בו משעבדי לא מהני רצוי דלוה ומלוה עכ"ד. ומד' התוס' בכתובות כ"א ב' ד"ה וש"מ משמע כהתומים שכ' וז"ל ועוד אומר ר"י דסד"א דצריך להעיד בפניהם משום דפעמים אין מכירין אלא ע"י שראו בלילה דל"ל לא תהא שניעה גדולה מראי' דשניעה א"י להיות בלילה עכ"ל. וקשה מנ"ל לדייק הכי דלמא מיירי בקבלו ובאו בלילה ולפ"ד התומים הנ"ל ניחא דבשטר לא מהני קבלו וא"כ משמע מד' התוס' אלו דס"ל כהתומים הנ"ל. וכן ראיתי בס' מקלוט בתורה בסק' ג' שהביא ראי' מ"ד התוס' אלו להתומים הנ"ל ועי' בנתיבות בחידושים בס"ק ד' שהניח דין זה בצ"ע וכן באורים גופי' הניח דין זה בצ"ע וכן בס' ישועות ישראל בחה"מ ס"ק ה' הניח דין זה בצ"ע ועי' בבית יהודא שהשיג על התומים הנ"ל וכ' דלדעת המבי"ט שהביא הש"ך בסי' ק"ו ס"ק ו' שכ' דאם הלוה מודה שהשטר בלתי מזויף גובה אף ממשעבדי כו' ה"נ גובה מלקוחות דהא ללקוחות לא טענינן מזויף אלא אף להפוס' דס"ל דטענינן ללקוחות מזויף אף שהלוה מודה שאינו מזויף מ"מ אותן הלקוחות בקנו אחר שהודה הלוה שאינו מזויף. לא טענינן לאותם הלקוחות מזויף כדאיתא בשיטמקו"ב ב"מ ע"ב א' כו' והאריך בזה ופי' כן דיכול המלוה לגבות בשטר זה מלקוחות שקנו אחר הלואה שעבודו יעוש"ה וכ' ודין זה הוא ספיקא דדינא :

(ה) **בהג"ה** ואם קיימו בשנים כו'. עי' בסמ"ע בס"ק ז' שכ' דכשהן עצמן מכירין החתימות ה"ל כאלו מעידין על מנה שבשטר ובש"ך בס"ק ו' השיג על הסמ"ע וכ' דאף שמכירין החתימות הרי לא היו אצל הלואה אלא על חתימת ידן הן מעידין כו' והלכך צריך ג' דאל"כ ה"ל כעד מפי עד כו' והכי מוכח בפ"ב פ"ב דכתובות כו' ואחד אינו מכיר עכ"ד. ועי' בפ"י בכתובות כ"א ב' ד"ה אמר כו' שהשיג על הש"ך והאריך בזה ועי' בט"ז ובקצה"ח בס"ק ג' ובנתיבות בס"ק ד' ובדברי משפט בס"ק ג' ובמקלוט בתורה בס"ק כ"ו ובמעין גנים ובגליון ש"ע מהגאון רע"א ובדברי חיים בדיני הלואה סי' ה' מ"ש בזה ועי' בהגהות אמרי ברוך שהביא ד' השיטמקו"ב ב"ב מ' א' ד"ה קיום כו' שמבואר להדיא כהש"ך :

(ו) **לענין** קיום שטרות דרבנן. עי' בסמ"ע בס"ק ט' שהביא ד' הגמ"ר דקידושין שכ' דאם העדים אומרים לא חתמנו שטר זה או שאינם קיימים ובע"ד אומר פסול הוא צריך קיום אף מדאורייתא ובש"ך בס"ק ט' השיג עליו וכ' דאף כשהבע"ד טוען מזויף א"צ קיום מדאורייתא והאריך והביא הרבה ראיות לזה והשיג על הרמ"א באה"ע סי' מ"ב סעי' ד' שכ' דאם מלאו כתוב בשטר פלוני קידש פלונית ועדים חתומים בו כ"ז שלא נתקיים אין לחוש לקידושין כו' והא ד"ת א"צ קיום וא"כ הרי כאן קידושין של תורה. וכ' דהיכא דמלאו בשוק שטר קידושין בזה צריך קיום מדאורייתא דבזה י"ש לומר לא חשיד לזיופי כו' והיינו ההיא דירושלמי בשלהי יבמות במלאו כתוב מת פ' דאף מ"ד דמשיאין את אשתו לא מתיר אלא משום עיגונא כו' ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ד' שכ' שסבר לד' הש"ך הנ"ל לענין מלאו בשוק עפ"ד התוס' בכתובות ל"ב ב' ד"ה דינא כו' ובפי' בגיטין ג' א' ד"ה בדין הוא כו' והאריך בזה אבל באמת מד' הרמב"ן בחידושיו בסוף יבמות מבואר דלא כהש"ך שכ' שם וז"ל ואיכא מ"ד אע"ג דאין עדים מצויין לקיימו דכיון דקיום שטרות מדרבנן כו' בעדות אשה לא תקון רבנן דלא מיבעיא אחמורי דלא מחמרי בה אדאורייתא אלא אפי' קולא נמי מקילין בה טפי מדאורייתא כו' הלכך אפי' בע"א מפי כתבו שאינו מקוים משיאין עכ"ל. והובא דבריו בחידושי הריטב"א שם ובנ"י שם וברשב"א בגיטין ע"א א' ובר"ן שם. הרי מבואר להדיא דאפי' במצאו א"צ קיום מה"ת דלא כהש"ך הנ"ל. וכן ראיתי במשובב נתיבות שהביא ראי' מד' הרמב"ן אלו דלא כהש"ך הנ"ל ועי' בב"ש בסי' קמ"א ס"ק ע' ובסי' קמ"ב ס"ק ה' שהשיג על הש"ך הנ"ל מד' הרמב"ם והרא"ש והטור והמחבר שם דמוכח שם"ל

הס"ל דהס טוען מזויף לריך קיום מדאורייתא והאריך בזה והיינו כהגמ"ר הנ"ל ועי' בתומים בס"ק ד' ובקלה"ח בס"ק ה' ובשעהמ"ש בס"ק ג' ובמקלוע בתורה ס"ק ה' ובס' משנת דר"א ובס' ישועות ישראל בס"ק ד' ה' ובנחל ילחק בס"ק ג' ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ל"ז ובבית יהודא ובאבני מלואים באה"ע סי' מ"ב ס"ק מ"א ובהמקנה בקו"א שם ובעיב קידושין שם בס"ק ט"ז ובבית מאיר בסי' קמ"א שם ובמח"א בפ"ז מהל' גירושין ובפ"י בגיטין ה' ב' ובס' כתונת פסים בב"ק קי"ב ובגרם ירחים בגיטין ג' א' ד"ה מדאורייתא כו' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ה (ז) **מקיימין** השטר כו'. בב"י הביא בשם הרשב"א הטעם דלא על מנה שבשטר הם מעידים כי אם על כת"י והובא בש"ך בס"ק י'. ובתומים בס"ק ה' הביא בשם בני שמואל שכ' דלפי הך טעמא כשעדי השטר בעלמם מעידים על חת"י דאין מקיימין שלא בפני בע"ד משום דעל מנה שבשטר הם מעידים והתומים השיג עליו דלא מלינו חילוק זה בשום מקום. ובאמת מבואר להדיא בשימקו"ב בב"ק קי"ב ב' ד"ה אמר רבא כו' בשם הרמ"ה כהב"ש שכ' לפרש דהא דמקיימין שלא בפני בע"ד זהו רק במקיימין השטר שלא מפי עדים החתומים דעל כת"י הם מעידים אבל במקיימין השטר ע"פ עדים החתומים כיון דעל מנה שבשטר הם מעידים לכן אין מקיימין ע"פ שלא בפני בע"ד עכ"ל הרמ"ה יעוש"ה. הרי להדיא שכ' כהבני שמואל הנ"ל ובזה יש ליישב ד' רש"י בב"מ ע"ז ב' ד"ה כל שכ' וז"ל כיון דליכא למיחש לשמא לא לוה שהרי אין מקיימין את השטר אלא בפני בע"ד עכ"ל. והק' הפ"י שם דהא אנן פסקינן בב"ק קי"ב ב' דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד עכקוש"י וכ' בזה ליישב וזהו נמי כוונת הגאון רע"א בגלה"ש שם שליין על ד' רש"י אלו וכוונתו להקשות על רש"י כהפ"י ולפ"ד הבני שמואל הנ"ל ניחא כיון דקתני כל מעשה ב"ד מיירי בכל גוונא אף במקיימין השטר ע"פ עדים החתומים דבזה אין מקיימין השטר שלא בפני בע"ד ולק"מ קושי' הפ"י והגאון רע"א הנ"ל :

סעיף ז (ח) **מתקיים** השטר כו'. ומשמע דאף בשטוען הלוה פרוע ומודה שכתבו לריך שיהי' שני עדים מקיימין השטר. והנה הש"ך לקמן בסי' ע"ה ס"ק מ"ב כ' דבממרות שלנו אם יש ע"א על הקיום כו' הוי משאיל"מ ובנתיבות בס"ק ו' הק' דא"כ אמאי בעי ב' עדים שיקיימו השטר לפני בע"א המקיים השטר כיון דא"כ לטעון פרוע רק במגו דמזויף ואלו הי' טוען מזויף הי' לריך לשבע שד"א נגד העד הוי משאיל"מ כמו גבי ממרמות כו' עכקוש"י ותמה על הפ"י בכתובות י"ט א' שכ' דלא מהני בע"א שמתקיים. וכן הק' בנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ט' ותי' שם כיון שאפי' הי' שני עדים על הקיום והלוה טוען פרעתי לריך המלוה לשבע כשהלוה רולה להשביע מש"ה לא הוי בע"א משאיל"מ דלא אמרינן משאיל"מ אלא היכא דאם הי' ב' עדים הי' נוטל המלוה בלא שבועה דומיא דנסכא דר"א עכ"ד. ולפ"ד מיושב קושי' הפ"י בכתובות שם שהק' דליהמני היכא דב' עדים מקיימין חתימת אחד מהם דיהי' הלוה משאיל"מ ולפ"ד הנתיבות ניחא כיון דאף בב' עדים לריך המלוה לשבע ל"א בכה"ג בע"א משאיל"מ. אך קשה על זה מלקמן סי' כ"א בסעי' ב' הוליא עליו שט"ח בע"א והלוה טוען פרעתי הרי זה משאיל"מ ואמאי הוי משאיל"מ הא אף בב' עדים לריך המלוה לשבע ולא הוי בכה"ג משאיל"מ בע"א אך י"ל דהרמב"ם בעל דין זה דהוליא עליו שט"ח לא ס"ל כהטור בשם הרמ"ה בסי' ע"ה הובא בש"ך שם בס"ק מ"ז מ"ח דהא סברת הנתיבות הוא עפ"ד הרמ"ה וכמ"ש הנתיבות שם וא"כ י"ל דהרמב"ם לא ס"ל כהרמ"ה ומש"ה ס"ל דהוי משאיל"מ אף דבב' עדים לריך המלוה לשבע. וגם המחבר הביא בסי' כ"א דעת הרמב"ם דהוי משאיל"מ משום דבסי' ע"ה לא הביא ד' הטור בשם הרמ"ה משמע דלא ס"ל הכי. אבל באמת ז"א דמוכח לקמן בסי' ל' סעי' ג' דס"ל להמחבר כהרמ"ה וכמ"ש הסמע שם בס"ק י"ג ובש"ך שם בס"ק י"ג ועי' בט"ז בסי' ע"ה שם שכ' דהב"י בעלמו בב"ה בסי' ל' כ' כהרמ"ה ופ' כן כהרמ"ה יעוש"ה. וא"כ ל"ל כהנתיבות מוכח דסי' כ"א הנ"ל. ול"ל דמוכח דסי' כ"א אין סתירה לד' הרמ"ה הנ"ל וכמ"ש התומים בסי' ע"ה ס"ק י"א ובקלה"ח בסי' ל"א ס"ק ח' דהרמ"ה לא קאמר אלא היכא דמדינא אינו נוטל אלא בשבועה מתק"ח אבל היכא דמדינא נוטל בלא שבועה והשבועה אינו אלא מתק"ח בזה הוי משאיל"מ. וא"כ בהא דסי' כ"א הנ"ל דמדינא נוטל בלא שבועה משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי רק דחכמים תקנוהו דלריך המלוה לשבע אם אמר הלוה אשתבע לי דלא פרעתיך בזה אף הרמ"ה מודה דהוי משאיל"מ וכ"כ בבית יהודא בסי' כ"א יעוש"ה וא"כ הדרא קושיית הנתיבות הנ"ל לדוכתי'. וכן ראיתי בהפלאה בכתובות כ"א א' בתוס' ד"ה קיום כו' שהק' כן בשם אחיו הגאון ר' שמעלקי וכ' ליישב כהנתיבות הנ"ל עפ"ד הש"ך בשם הרמ"ה וכ"כ עוד בהפלאה שם י"ט א' ד"ה אלא טעמא כו' ליישב כן יעוש"ה וכבר כתבתי שז"א מהא דסי' כ"א הנ"ל וא"כ הדרא קושי' הנ"ל לדוכתי' ובנתיבות כאן כ' ליישב דהכא לא מטעם מגו היא רק מטעם שכ' הסמ"ע דכל שיכול לטעון מזויף אינו חושש להניח שטר כזה בידו כו' ומש"ה דליכא קיום רק בע"א אינו חושש אף דיתחייב שבועה מ"מ אינו חושש דכ"ז דליכא חיוב ממון רק שבועה לא מרתת כו' ולהרמב"ם דסי' כ"א ה"כ בשטר שיש עליו קיום ע"א עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דהא מ"מ א"י לטעון פרעתי מלד עלמו רק במגו דאי בעי הי' טוען מזויף ואי טעין מזויף לריך לשבע והשתא כשטוען פרעתי הוי משאיל"מ דומיא דנסכא דר"א ולפ"ד גם בכת"י בנאמנות אמאי הוי משאיל"מ אף לד' הנתיבות התם נמי נימא דאינא חושש להניח שטר כזה בידו אף דלריך שבועה אי טעין מזויף ואפ"ה ס"ל להנתיבות דהוי משאיל"מ וה"ה בקיום ע"א. אך י"ל דל"ד להא דכת"י בנאמנות דהתם פרעתי עלמה א"י יכול לטעון דהא אי ז בי' נאמנות רק מלד מגו הוא דנאמן וכיון דא"כ אלא במגו שפיר ה"ל משאיל"מ אבל בקיום ע"א בשטר שאין בו נאמנות בזה הוי פרעתי בעלמה טענה מעליותא דאינו חושש להניח שטר כזה בידו פ"כ לא שייך בזה משאיל"מ ושפיר ד' הנתיבות. עוד כ' הנתיבות ליישב דיש לו מגו דהי' טוען פרוע והשטר מזויף דאז אינו חייב ש"ד נגד העד דהעד אינו מעיד שבודאי חייב ממון רק שמעיד שהשטר אמת ואפשר שפרע אינו מחויב שבועה דדמי למ"ש הש"ך גבי תנאי כו' והטעם דלא אמרינן האי כללא דכל מקום שבנים מחייבין אותו ממון א' מחייבו שבועה כ"א במקום שהב' מחייבין אותו ממון בעדותם בלבד אבל במקום שאין הב' מחייבין אותו רק בלירוף חזקה אין הע"א מלטרף לחייבו שבועה כו' א"כ ה"נ שמכחיש השטר וטוען פרוע העד לא מחייבו שבועה כיון שהב' אין מחייבין אותו ממון רק בלירוף חזקה מש"ה לא הוי משאיל"מ כו'. וכן במקום שא"כ רק במגו דלא לויתי וכשיש ע"א על הלואה הרי מעיד שחייב ממון בודאי דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי כו' משא"כ בשטר שאין בו נאמנות כו' ושפיר יש לו מגו דמזויף עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר במ"ש דבמקום שא"כ רק במגו דלא לויתי הוי משאיל"מ דהא התם נמי הוי ע"א בלירוף הסברא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואמאי הוי משאיל"מ לפ"ד דבע"א בלירוף החזקה לא הוי משאיל"מ וזו היא דעת הרשב"א בדין זה דלא לויתי דלא הוי משאיל"מ. מטעם זה משום דהוי ע"א בלירוף הסברא דהוחזק כפרן הובא דבריו בב"י בסי' ע"ה מהודש כ"ב ובש"ך שם בס"ק ל"ח ובסי' ע"ט בסמ"ע ס"ק כ' ובש"ך ס"ק י"ט. והמחבר בסי' ע"ה סעי' י"ג פ' כהרמב"ם דאף בהוחזק כפרן אמרינן משאיל"מ וא"כ ה"ה בשטר בקיום ע"א נמי הוי משאיל"מ אף דהוי בלירוף חזקה. וכן ראיתי בט"ז לקמן בסי' רס"ז סעי' י' שכ' נמי כהנתיבות דבע"א בלירוף החזקה לא הוי משאיל"מ ודחה דזו היא סברת הרשב"א גבי הוחזק כפרן אבל הרמב"ם חולק על הרשב"א יעוש"ה. הרי דס"ל דלהרמב"ם אף בלירוף החזקה הוי משאיל"מ וכמ"ש וכיון דהמחבר פ' בסי' ע"ה סעי' י"ג כהרמב"ם א"כ ה"ה

ה"ה בשטר בקיום ע"א הוי משואיל"מ . ועוד קשה על הנתיבות מהא דסי' כ"א הנ"ל גבי הוציא עליו שט"ח בע"א דהוי ע"א בצירוף החזקה ואפי"ה הביא המחבר דעת הרמב"ם דהוי משואיל"מ . ועוד קשה על ד' הנתיבות מהא דכ' המחבר בסי' ע"ה סעי' י"ג או שהוא מעיד שהוא תו"ז הוי משואיל"מ ופי' הסמ"ע שם בס"ק ל"א דמיירי דהנשבע מודה לו שהוא בתו"ז אלא שאומר פרעתיך אף שהוא בתוך הזמן ומש"ה חייב לשלם לו כיון שמודה שלוה ושעדיין הוא בתו"ז וחזקה א"א פורע בתו"ז ואין לו מגו דאלו רצה הי' נשבע שהוא לאחר זמן דה"ל מגו דהעזה עכ"ד . וכן פי' בביאורי הגר"א שם בס"ק ל"ה הרי אף דהוי עד בצירוף חזקה ואפי"ה הוי משואיל"מ. וראיתי בקצה"ח שם בס"ק י' שהשיג על הסמ"ע וכ' כיון שהוא מודה בעיקר החוב ואינו מכחישו אלא בזמן אין זה דרצא דמנוגא לחייב שבועה כו' דהוי כמו שטוען ראי' יש לי בידך דפטרה התורה משבועה כו' וכיון דליכא שבועה בהכחשה כי מודה לא הוי משואיל"מ עכ"ד. וכן ס"ל להנתיבות הנ"ל אבל באמת אין זה השגה על הסמ"ע דכללא הוא כ"מ ששנים מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה ואלו באו ב' ואמרו שהוא תו"ז הייב לשלם ה"נ בע"א חייב שבועה אף דהוי בצירוף החזקה וכמו דס"ל להמחבר שם גבי הוחזק כפרן ובסי' כ"א הנ"ל גבי הוציא עליו שט"א בע"א ושפיר ד' הסמ"ע ואין השגת הקצה"ח כלום ועי' בדברי משפט בסי' ע"ה ס"ק ה' ובבית יהודא שם שהשיגו על הקצה"ח והוכיחו כהסמ"ע הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה וא"כ מוכח דלא כהנתיבות הנ"ל. ועוד קשה על דבריו מהסכמת דר"א גופא אפי' אם באו שנים שחטף כשאומר דידי חטפי אין מחייבין אותו ממון רק בצירוף חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו ואפי"ה בע"א שחטף מחייבו שבועה וכשאומר דידי חטפי הוי משואיל"מ . ומה שהביא הנתיבות ראי' מהש"ך בס"ק ק"ט אין ראי' דהש"ך הכי קאמר כיון דזה שאומר לא הי' תנאי ודאי מחייבו ממון בעדותו . וזה שאומר הי' תנאי אינו רק משום חזקה ל"א עד המסייע לפטור משבועה. ומ"ש הנתיבות דמכל הסי' משמע דבעי דוקא קיום ב' עדים ול"מ ע"א שמקיים השטר כשטוען פרעתי אין זה הוכחה די"ל דאה"נ דחייב ע"י ע"א דהוי משואיל"מ. והא דבעינן בכל הסי' ב' עדי קיום מיירי שטוען מזויף ה"נ לגבות מהלקוחות דטענינן להו מזויף . ובזה נדחה נמי הוכחות הפ"י שם מד' התוס' שם כ"ח א'. שוב ראיתי בבית יהודא שהשיג נמי על הנתיבות והפ"י הנ"ל בקצת דברים שכתבתי והאריך בזה יעוש"ה · ועי' בתשובות הרמב"ן המיוחסת להרשב"א בסי' ל' שכ' הטעם דבהוציא עליו שט"א בע"א וטוען הלוה פרעתי מש"ה לא הוי משואיל"מ . דהא דאמרינן בעלמא משואיל"מ היינו דוקא כששנים מחייבין ממון בעדותן ממש כמו בטוען לא לויתי ויש ב' עדים שלוה ולזה כשטוען א"י א"כ ויש כאן ע"א שהלוהו הוי משואיל"מ . דאם הי' כאן ב' עדים היו מחייבין ממון בעדותם ממש . אבל כשהוציא עליו שטר שחתומים בו שנים והוא אומר שפרע א"א לשלם מכח עדותן ממש כו' אלא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ולזה כשהוציא עליו שט"א שאין בו אלא ע"א כו' אינו מתחייב עליו שבועת ע"א שהרי אין כאן בזה עדות כנגדו ואין ראוי לומר בזה משואיל"מ עכ"ל יעוש"ה . והיינו כהנתיבות הנ"ל . אבל באמת אנן לא ס"ל כהרמב"ן בזה וכדמוכח מהא דסי' כ"א הנ"ל ועי' בסמ"ע שם בס"ק ד' וראיתי בס' משנת דר"א בסי' ע"ה שם שכ' על ד' הש"ך הנ"ל ולא מצי נקט שט"ח ממש שיש בו ע"א על הקיום דהא ליכא שד"א על כפירת טענה שבשטר כדלקמן סי' פ"א סעי' כ"ח עכ"ד וכוונתו ליישב קושי' הנתיבות הנ"ל וכבר קדמו בזה בהפלאה בכתובות שם ובי"ט א' ד"ה אלא טעמא כו' . אבל באמת ז"א דהא מבואר בסי' פ"א שם דבשטר שאינו יכול לקיימו הרי הוא כהודאה ע"פ ונשבע כו' והיינו משום דקי"ל כהרמב"ן שהביא הרא"ש בפ' שבועות הפקדון סי' ג' והטור שם דלא מקרי כפירת ש"ק אלא בשטר שטורף בו מן המשועבדים וכ"כ הסמ"ע שם בס"ק כ"ג ובש"ך שם בס"ק כ' דקי"ל כהרמב"ן והביא הש"ך שם כן בשם מהר"ש לובלין וא"כ הדין נותן דיהי' שני בע"א על הקיום דהא זה לא הוי ש"ק כיון דאינו טורף ממשעבדי ע"י ע"א על הקיום וא"כ הוי הלוה משואיל"מ וכן הק' בס' נחל יצחק בסי' נ"א ס"ק א' על הפלאה והאריך בזה ליישב קושי' הנ"ל . ועי' בשערי בינה שער כ' דין א' אות ח' ובס' היד החזקה סי' כ"ג ובמעין גנים בסי' ע"ה שם מ"ש ליישב קושי' הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בקצה"ח בסי' ע"ה ס"ק י"ג ובדברי חיים בדיני הלואה סי' י"ז ובס' חמדת צבי בכתובות שם מ"ש בזה ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ז' שכ' דבע"א על הקיום לא הוי משואיל"מ וכהפ"י והנתיבות הנ"ל . אך לא מטעמים של הנתיבות הנ"ל אלא מטעם אחר והאריך בזה. ועי' בשעהמ"ש בס"ק א' שכ' דבע"א על הקיום הוי משואיל"מ והשיג על הפ"י ודחה הראי' של הפ"י מד' התוס' כתובות כ"ח הנ"ל וכן כשיש ב' עדים כ"א מעיד על חתימת יד ע"א הוי משואיל"מ כו' דלא כהפ"י שם. עוד כ' דאם לא מצאו לקיים רק חתימת ע"א וטוען פרעתי נאמן בהיסת לדעת החולקים על הרמב"ם בשטר בע"א והשיג על הפ"י בכתובות שם והביא ד' התמים דעים סי' מ"ב והאריך בזה . וא"כ לענין דינא נ' עיקר דבע"א על קיום ב' החתימות והלוה טוען פרוע הוי משואיל"מ וכ"כ במשובב נתיבות לקמן בסעי' ל"ז דבע"א על הקיום הוי משואיל"מ והשיג על הנתיבות ואין כאן עוד מ"ל בזה :

(ט) **שיבואו** עדים החתומים בו כו' . עי' ש"ך ס"ק י"ב שהביא ד' הפוס' באם עדים אומרים כתב ידינו הוא זה ועדים אחרים אומרים אין זה כת"י אם צריך קיום אחר. ועי' בדברי משפט בס"ק ד' שהק' כיון דעל מנה שבשטר הם מעידים כו' וא"כ נימא אף דאתכחשו על מה שאמרו דזה כת"י הוא מ"מ לא אתכחשו מה דאומרים דהלוה המלוה ללוה ואמאי אין הלוה חייב לשלם כו' עכקוש"י והאריך בזה . ולפמ"ש בשעהמ"ש בס"ק ד' מיושב קושי' זו ועי' בתומים בס"ק ו' ובקצה"ח בס"ק ו' ובנתיבות בס"ק ז' ובשעהמ"ש בס"ק ה' ובמקלוע בתורה בס"ק א' ובמעין גנים ובס' משנת דר"א ובס' ישועות ישראל בס"ק ע' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(י) **ואני** עד בדבר הזה כו' . בשעהמ"ש בס"ק ג' כ' דבמלוה ע"פ והוא תו"ז וע"א מעיד שנפרע דפשיטא דע"א לא מהימן לארועי חזקה וה"ה בכל חזקה אין ע"א נאמן לארועי עכ"ד. וסותר ד"ע דבסי' פ"ד ס"ק ז' כ' דהיכא דע"א מעיד נגד החזקה דתו"ז צריך המלוה לשבע נגד העד כמו שב' מחייבין אותו ממון יעוש"ה; וכ"כ בקצה"ח שם בס"ק ג' דע"א מחייבו שבועה נגד כחזקה דתו"ז כמו דמחייבו שבועה אם מעיד על חפץ שבחזקת חבירו כמה שנים שהוא גזולה אפי' הוא נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו וכ' דהיכא דהוא פקח ומייתי לה לידי ש"ד גם בתו"ז איכא ש"ד . ולענין דינא נ' עיקר כמ"ש השעהמ"ש כאן דאין ע"א יכול לחייבו שבועה נגד החזקה דתו"ז ויש ראי' לזה מהמ"מ בפי"ד מהל' מלוה הל' א' שכ' שם על ד' הרמב"ם שכ' דאם הי' החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע שלא בשבועה כ' וז"ל פ"ק דב"ב ה' ב' נתבאר בגמ' שאם מת לוה בתו"ז גובה מן היתומים שלא בשבועה ודעת רבינו שה"ה לכל השאר עכ"ל . ור"ל כיון דמתניתין קתני הנשבעין ונוטלין פוגמת וע"א מעידה שהיא פרועה ונפרעת מנכסי יתומים ומצינו שאמרו בפ"ק דב"ב דבתו"ז נפרעין מהיתומים שלא בשבועה ה"ה לכל השבועות דקתני במתניתין נוטל בתו"ז בלא שבועה כך הוא כוונת דבריו . וא"כ מוכח מראי' זו דאפי' במלוה ע"פ תו"ז וע"א מעיד שהוא פרוע נפרע בלא שבועה כיון דס"ל דשבועת ע"א לא חמור משבועת יתומים . א"כ כיון דנפרע מיתומים אפי' מלוה ע"פ בתו"ז בלא שבועה ה"נ שבועת ע"א אפי' במלוה ע"פ נפרע בלא שבועה כשהוא בתו"ז: דאי נימא לחלק דשבועת ע"א חמור טפי משבועת נפרע מנכסי יתומים במלוה ע"פ א"כ אין ראי' להרמב"ם דדלמא גם בשטר יש חילוק דחמור טפי שבועת ע"א.א"ו דאין חילוק ודלא כהשעהמ"ש דסי' פ"ד הנ"ל אלא כמ"ש כאן. וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטמייטין מד' המ"מ הנ"ל. ומה שהק' הקצה"ח שם דהא הוי ע"א כשנים לשבועה ול"מ חזקה דתו"ז

דתו"ז לפוטרו משבועה עי' בדברי משפט שם בס"ק ג' שכ' ליישב עפ"ד הר"ן בפ' שבועות הדיינים גבי אין נשבעין על הקרקעות שכ' דכיון דהורע כח ב' עדים בקרקעות לענין ממון ה"ה דהורע כח ע"א לענין שבועה כו' וה"נ הורע כח ב' עדים לענין כטרחי כו' עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בבית יהודא שם מה שהשיג על הקצה"ח הנ"ל והאריך בזה וא"כ לענין דינא נ' עיקר דאין ע"א יכול לחייבו שבועה נגד החזקה דתו"ז וכמ"ש הסמ"ע כאן ודלא כמ"ש הב"ש בסי' פ"ד הנ"ל ואכע"מ להאריך בזה וא"ה במק"א אבאר דין זה באריכות :

(יא) **בהג"ה** מתוך כתבם. והוא מד' הריב"ש בסי' ספ"ב ובסי' תי"ג ועי' בש"ך בס"ק י"ז שהשיג על הרמ"א והניח בל"ע ועי' במהרש"א בגיטין ה' ב' ד"ה אילימא כו' שכ' דלא מהני מפי כתבם בקיום שטרות באלם וכן הוא דעת הב"ש באה"ע סי' קמ"ב ס"ק י"א כהמהרש"א ועי' בתומים בס"ק ז' ובקצה"ח בס"ק י"ט ובנתיבות בס"ק כ' ובדברי משפט בס"ק ח' ובס' ישועות ישראל בס"ק ח' ובס' נחל יצחק בסי' כ"ח סעי' ט"ז ובמעין גנים ובמקלוע בתורה בס"ק ט' ובס' משנת דר"א. ובכנסת יחזקאל סי' פ"ב ובפ"י בגיטין שם ובקרבן נתנאל שם אות ל"ז ובחידושי רע"א שם ובגרש ירחים ובהפלאה בכתובות כ"א א' ד"ה אמר ר"י כו' ובבית מאיר באה"ע שם ובגט מקושר בסדר גט שני אות כ"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(יב) **החמישי** כו'. עי' ש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ג מ"ש לענין כת"י אם מקיימין אותו ע"י דימוי ועי' בקצה"ח בס"ק ט' שכ' דדימוי דמי לסימנין שאין מוציאין ממון ע"י סימנין כו' והאריך בזה ועי' בנתיבות בס"ק ח' מה שהשיג על הקצה"ח ובמשובב נתיבות ובדברי משפט בס"ק ה' מ"ש והאריכו בזה ועי' לעיל בסי' כ"ה בכללי תפיסה סי' ז' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

סעיף יז (יג) **להצטרף** עם אחר כשר. בסמ"ע בס"ק י' כ' דהתוס' בכתובות כ"ח א' ד"ה קיום כו' לא ס"ל כהרא"ש בתשובה כלל ס"ו דמגו במקום עדים פסולים לא אמרינן. ואין זה ראי' דהא גבי מודה בשטר שכתבו הוה הפה שאסר וי"ל דס"ל להתוס' דהפה שאסר אמרינן במקום עדים פסולים וכמ"ש התוס' בב"ק ע"ב ב' ד"ה אין לך כו' לחלק כן. אבל במגו י"ל דאף התוס' ס"ל דל"א במקום עדים פסולים וכהרא"ש בתשובה הנ"ל ועי' לעיל בס"ק א' מה שכתבתי בזה יעוש"ה :

סעיף כד (יד) **שאין** הכתיבה עיקר כו'. עי' בש"ך בס"ק נ"ט שכ' דלא חיישינן למחזי כשקרא כו' ועי' בתומים בס"ק כ"ה ובגט פשוט באה"ע בסי' קכ"ז ס"ק כ' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף כו (טו) **אינו** חותם עמהם כו'. עי' ש"ך ס"ק ס"ו שכ' שדעת רש"י עיקר כו' והביא ד' התוס' ביבמות פ"ח א' שכ' דבדבר הידוע לכל ל"א תרי כמאה כו' ועי' בנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ס"ה ובמעין גנים מ"ש בד' התוס' אלו והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף לד (טז) **זייף** וחתם. עי' בקצה"ח בס"ק י"ז מ"ש בד' הנ"י בפ' ז"ב כ"ז א' וכן ס"ל להנתיבות בס"ק י"ז בכוונת הנ"י כהקצה"ח ומש"ה השיג עליו ועי' במשובב נתיבות מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' ל"ד ס"ק כ"ב מה שהשגתי עליהם וכתבתי שכוונת הנ"י על שאר איסורים כגון חתיכה ספק חלב ס' שומן ולא על עדות אשה והארכתי בזה יעוש"ה. וכעת ראיתי בס' ישועות ישראל כאן בס"ק י"ז ובמנחת חינוך מצוה ל"ז אות ד' שכ' כן בכוונת הנ"י כמ"ש ועי"ש עוד בישועות ישראל מ"ש על ד' התומים בס"ק ל"ו והנתיבות בס"ק י"ח לענין אי כשר גזלן דרבנן וע"א כשר יעוש"ה :

סעיף לו (יז) **בריא** ונשתתק כו'. עי' בקצה"ח בס"ק י"ט שכ' דאלם פסול הגוף הוא כמו סומא כו'

והאריך בזה וכן הסכים עמו הנתיבות בס"ק כ' וכ"כ בס' מקלוע בתורה בס"ק ל"ו כהקצה"ח ועי' בדברי משפט בס"ק ח' שהשיג על הקצה"ח מד' הרשב"ש ב"ב קכ"ח א' והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף לז (יח) **אין** קורעין אותו. עי' ש"ך ס"ק ק"א כ' וה"ה בשטר שב' אומרים פרוע וב' אומרים אינו פרוע לא קרעינן לי' ולא מגבינן בי' כו' ועי' בתומים בס"ק מ' ובסמ"ע בס"ק י"ד ובס' נחל יצחק בס"ק ט' מ"ש על ד' הש"ך ועי' לעיל בסי' ל"א ס"ק א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

(יט) **עדים** שאין כת"י יוצא ממ"א כו'. ולענין אי קרעינן לשטרא באין כת"י יוצא ממ"א הנה מד' מהרש"א בכתובות י"ח ב' ד"ה הרי אלו כו' ס"ל דקרעינן לשטרא יעוש"ה ועי' בדברי משפט בסוף הס' בחידושים מבן המחבר שם שכ' דמד' הר"ן שם על הברייתא דשנים החתומים על השטר כו' מוכח דס"ל דלא קרעינן לשטרא ועי' בס' מקלוע בתורה בס"ק ל"ז ובדו"ח מהגאון רע"א שם ובבית יעקב שם מ"ש בזה יעוש"ה :

(כ) **אן** תנאי הי' בדבר כו'. וכ' הש"ך בס"ק ק"ז דהיינו דוקא בתנאי דהוא בקום ועשה אבל אם הי' התנאי בשב ואל תעשה והלוה טוען שעבר על התנאי השטר בתקפו עכ"ד ובסמ"ע בס"ק י"ח הק' מד' הר"ן בשם הרמב"ן בפ"ק דכתובות גבי האומר פ"פ מצאתי נאמן דחזקה א"א טורח בסעודה ומפסידה והק' הר"ן שהרי לא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וימצאנה בתולה וכיון שכן עלי' להביא ראי' שנתקיים התנאי. ומאי קושי' הא התם התנאי הוא בשוא"ת ועל הבעל להביא ראי' עכקוש"י והאריך בזה ליישב. ולפמ"ש הנתיבות בס"ק כ"ג דיש חילוק בין תנאי דלהבא לתנאי דלשעבר לק"מ. דהא התם הוי תנאי דלשעבר ומש"ה צריכה להביא ראי' אף דהוי בשוא"ת וכ"כ הנתיבות גופא להביא ראי' מד' הר"ן אלו דיש חילוק בין תנאי דלהבא לתנאי דלשעבר ועי' בס' תפארת יוסף חאה"ע סי' כ"ב מ"ש ליישב קושי' הסמ"ע הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בקצה"ח בסי' רמ"א ס"ק ח' מ"ש בזה :

(כא) **ואין** כאן אלא ע"א. בתומים בס"ק מ"ה כ' דהמחלוקת דהרמ"ה והר"ר מתתיהו הוא דהרמ"ה ס"ל דאמרינן כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי כאן שנים ואין דבריו של אחד במקום שנים אף בשאר איסורין. והר"ר מתתי' ס"ל כהריטב"א בשם הרא"ה דס"ל דכי אמרינן כן כשבא עד הראשון ה"ל כשנים היינו בדבר שבערוה דקי"ל אין דבר שבערוה פחות מב' וא"כ יש לו נאמנות כב' אבל בדבר איסור דקי"ל ע"א נאמן באי' כו'. ואף בע"א דמחייב שבועה בממון לא הוי כב' ולכך יכול השני להכחישו כו'. וכ' דלפ"ז מוכח דהמחבר ס"ל כהרמ"ה ולא ידענא מאי קאמר דהא בשבועה נמי נאמן ע"א כשנים והא אמרינן בשבועות מ' א' ובכתובות פ"ז ב' דכ"מ ששנים מחייבין אותו ממון א' מחייבו שבועה הרי דע"א לשבועה הוי כב' ועי' בש"ך לקמן בסי' פ"ז ס"ק ע"ו ובש"ך ביו"ד בסי' קכ"ז ס"ק י"ד מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' בנתיבות בס"ק כ"ד מה שהשיג על התומים. והנה הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק י"ח הק' דהא אם לא הי' בשטר אלא ע"א והי' טוען הלוה כת"י הוא זה אבל תנאי הי' בו ודאי מחויב לשלם כדין נסכא דר"א כו' וכיון דהוי משאיל"מ א"י העד לפוטרו כו' אכתי תקשי בד' הרמ"ה שכ' דנשבע ש"ד כיון דלא ס"ל דעד המסייע פוטר א"כ מחויב לשלם מדין נסכא דר"א עכקוש"י והניח בצ"ע. וכן הק' בסמ"ע שם בס"ק ע' והאריך בזה ליישב. וכ' דאם הלוה אומר שלא בפני העדים רק בינו לבין המלוה הי' התנאי הוי משאיל"מ. ובנתיבות בס"ק הנ"ל תי' דכיון דאין בו אלא ע"א אף דנחזיק אותו בחתימתו כאומר בפירוש שלא הי' בו תנאי הא אפי' אם ע"א אומר בפירוש דפ' חייב מנה בלא שום תנאי והלוה מכחישו ואומר שלא נתחייב לו רק על תנאי מהימן לשבע נגדו ולהכחיש בלא שום מגו כו'. וגם א"ל דכיון דיש ע"א על הקיום ה"ל משאיל"מ ז"א. דהא חזינן דבכל שטר בעינן ב' עדים על הקיום כו'

כו' ול"א דהוי משואיל"מ כו' ועוד דנאמן לטעון תנאי במגו דפרוע עכ"ד . והיינו דאזיל לשיטתי' דס"ק ו' הבאתי דבריו לעיל בס"ק ח' ועי' במשובב נתיבות שהשיג עליו וס"ל דהוי משואיל"מ ועי' לעיל בס"ק הנ"ל מ"ש על הנתיבות והארכתי בזה יעוש"ה . ועי' בבית יהודה בסי' פ"ב שם מה שהשיג על הנתיבות ועי' בס' מקצוע בתורה בס"ק מ"ה מ"ש בזה . והנה לפמ"ש במראות הצובאות באה"ע סי' י"ז בפתיחה בדין ע"א בשאר אי' אות י"ט ליישב ד' הרא"ש בפ"ק דמציעא סי' ג' שכ' דבמשואיל"מ אין עד המסייע פוטר דלא תקשה עליו דהא איכא למפרך מה לשיו וע"א דאין עד המסייע פוטרו היכא דהוי משואיל"מ . משא"כ בהעדאת עדים כו' . וכבר קדמוהו בקושי' זו בתומים בסי' פ"ז ס"ק ז' . וכ' המראהצו"ב שם ליישב דאע"ג דבשבועה דעלמא עד המסייע אינו פוטר כשא"י לשבע מ"מ בשבועה הבאה עפ"י ע"א אין ה"נ דעד המסייע פוטר אפי' כשהנשבע א"י לשבע כיון דהשני נאמן לפטור לענין שבועה כמו הראשון לחייב אוקי חד להדי חד וה"ל עדות מוכחשת עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה . ולפ"ד מיושב קושי' הקצה"ח הנ"ל דהכא הוי משואיל"מ ע"י העד ובזה שפיר עד המסייע פוטר . ובאמת מבואר כן בהדיא בשטמקו"ב בריש ב"מ ד"ה מקח וממכר דהיכא דהוי משואיל"מ ע"י עד המסייע פוטרו יעוש"ה . והיינו כהמראהצו"ב הנ"ל וכן ראיתי בס' מעיני החכמה בב"מ ד' א' ד"ה מה לע"א כו' שכ' נמי כן והאריך בזה ועי' בקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ט' מ"ש בזה . אך אכתי תקשי קושי' הקצה"ח על הרמ"ה דלא ס"ל עד המסייע פוטר אף בשבועה הבאה ע"י ע"א וכנ"ל . וצ"ל כמו שתי' בדברי חיים בדיני הלואה בסי' ז' עפ"ד התשובות מיימוני לס' משפטים סי' ס"א והאריך בזה . ועי' בבית יהודה שם מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה . וממילא דאינו מוכח דינו של השעהמ"ש הנ"ל ואכע"מ להאריך בזה :

(כב) **אינם** נאמנים . עי' בברית אברהם חאה"ע סי' ע"ד שהק' דהא י"ל דמתכוונים לטובה שלא יופסד הלוה על ידם והאריך בזה ליישב ועי' לקמן בכללי מגו סי' ט' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

(כג) **לגבי** דידהו נאמנים . עי' לעיל סי' כ"ט ס"ק ז' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

סעיף לח (כד) **בהג"ה** אבל ע"א החתום בשטר יכול לחזור בו . פי' ש"ך ס"ק קי"ט שהשיג על הרמ"א מלקמן סי' נ"א כו' ועי' בתומים בס"ק נ"ב מ"ש ליישב קושי' הש"ך והאריך בזה ועי' בבית יהודה מה שהשיג על התומים מד' התומים עצמו בסי' פ"ז שכ' דבמשואיל"מ אין עד המסייע פוטר כו' יעוש"ה . ועי' לעיל בס"ק כ"א מ"ש בזה . ועי' בס' מקצוע בתורה בס"ק נ"ג מ"ש והאריך בזה :

סימן מז

סעיף א' (א) **והוחזק** השטר בב"ד כו' דאל"כ נאמן במגו דכבשי' לשטרא . ובש"ך בס"ק ו' הביא בשם הרמב"ן וה"ה בפ"ב מהל' מלוה דס"ל דאפי' תח"י א"כ משום דחזקה כל מה שת"י האדם הרי הוא שלו ואין אומרים מגו במקום חזקה זו אף בשטר כו' היינו דווקא בממון או במטלטלין דבר שגופו ממון משא"כ הכא נהי שהשטר הוא ת"י מ"מ המעות אינו ת"י וכן כ' דעת הרב והמחבר לחלק בכך עכ"ד . ולפ"ד מיושב קושי' הלח"מ בפ"א מהל' מלוה הל' ד' שהק' על הטור דבסי' ל"ט משמע דס"ל דאמרינן חזקה כל מה שת"י האדם הרי הוא שלו א"כ לא הוה צריך גבי שטר אמנה שיתחזק בבי דינא עכקוש"י יעוש"ה . ולפ"ד הש"ך ניחא דבשטר ס"ל להטור דל"א חזקה זו ומש"ה כ' דצריך שיתחזק השטר בבי דינא ושפיר ד' הטור . וכן ראיתי בשעהמ"ש בס"ק ד' שכ"כ ליישב קושי' הלח"מ הנ"ל ועי"ש עוד מ"ש ליישב קושי' הנ"ל עפ"ד המחבר בסי' קל"ע סעי' ד' כו' והאריך בזה . ועי' בבית יהודה מה שהשיג עליו והאריך בזה . ולכאורה קשה על הרמב"ן והמ"מ דהא מגו במקום חזקה הוא איבעיא דלא איפשטא ב"ב ה' ב' והא דלא מהני הוא רק מספק ומבואר לקמן בסי' ע"ח סעי' ד' דאין מוציאין מיד הלוה : ועי' בש"ך שם ס"ק י"ט וא"כ האיך מוציאין מיד הלוה הא אית לי' להמלוה מגו דאי בעי מחל וכן הק' בדברי חיים בדיני ג"מ וג"ח סי' ג' והאריך בזה יעוש"ה . ובאמת לק"מ וכמ"ש הש"ך בדיני מגו סי' י' דאין כל החזקות שוות וחזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו הוה חזקה אלימתא ואין אומרים מגו עדה וכ"כ בסי' פ"ב ס"ק ג' וכ"כ הט"ז בסי' ל"ט ס"ק א' דהך חזקה אלימתא משום דאדם עשוי לעשות קנויא וכן הוא כוונת המ"מ כהט"ז ולא ראה הד"ח הנ"ל ד' הש"ך והט"ז אלו ועי' בבנין שמועה בכלל תקנ"ד מ"ש בזה . והנה בקצה"ח בס"ק ד' הק' על הרמב"ן והמ"מ משטר פקדון דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו דהשטר מקוים ואפי"ה נאמן במגו ול"א דהוי מגו במקום חזקה עכקוש"י . ובנתיבות בס"ק ג' תי' דדוקא בלוה שיש לו מגו עם חזקת ממון מסייע לדבריו אמרינן מגו במקום חזקה כזו שכנגד המגו כיון דלבעל המגו יש לו ג"כ חז"מ דעדיף מהחזקה שיש לשכנגדו . תדע דהא אפי' אי תפיס בעדים נאמן לומר דידי תפסי במגו דהחזרתי אף דודאי איכא חזקה דכל מה שת"י האדם הרי שלו . אבל כשהמלוה אומר על מה שבידו שאינו שלו שאין לו חז"מ להאומר רק מגו לא מהימן במגו נגד חזקה זו עכ"ד . ודבריו תמוהים דמה בכך דאין לו חז"מ להאומר מ"מ כיון דלהלוה יש לו חז"מ א"כ איך יכול המלוה הראשון להוציא המעות ממנו כיון דהמלוה שלו מודה שנפרע והוא נאמן במגו דהי' מלנע לי' כיון שלא הוחזק בביד ואף דחזקה כל מה שת"י האדם הרי הוא שלו ולא נפרע הא להלוה יש חז"מ דעדיף טפי מחזקה זו ושפיר קושי' הקצה"ח . וכן ראיתי בהגהות אמרי ברוך ובבית יהודה שהשיגו כן על הנתיבות ועי' במעין גנים מ"ש על הנתיבות . אך י"ל דכונת הנתיבות לפמ"ש בכללי מגו בסי' ל"א דל"א מגו מגברא לגברא :

וא"כ הכא דהמגו הוא גבי המלוה והמוחזק הוא הלוה הוי מגו מגברא לגברא ול"א כן י"ל ד' הנתיבות ומיושב קושי' הקצה"ח הנ"ל ולפ"ד הנתיבות מיושב מה שיש להקשות דד' הרמב"ן סתרי אהדדי דלקמן בסי' ע"ה ס"ק מ"ג מביא הש"ך בשם הרמב"ן דהא דנסכא דר"א איירי שתופס אותו בידו והגזלן לפנינו עתה דאל"כ נאמן במגו דהחזרתי . ואיך נאמן במגו הא הוה נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו וכן קשה על הש"ך דבסי' ל"ט ס"ק ו' כ' דכ"ע ס"ל דל"א מגו נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו ובסי' ע"ה הנ"ל כ' דבנסכא דר"א איירי שתופס אותו בידו והגזלן לפנינו עתה וכן הק' במראות הצובאות באה"ע סי' י"ז סעי' כ"ד ס"ק פ"ע בהג"ה ד' הש"ך אהדדי . ועוד הק' שם מד' הש"ך דסי' ל' ס"ק ד' גבי גזל שכ' דכשאין שם עדי ראה נאמן לומר שלא נטלתי במגו דהחזרתי והא הוי נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו עכקוש"י יעוש"ה . ולפ"ד הנתיבות הנ"ל ניחא דהתם הוי מגו וגם הח"מ מסייע לי' שפיר מהימן אף דהוי נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו . אבל בהא דסי' ל"ט הנ"ל דהמגו הוא נגד הבע"ח אחרים וסוף סוף הממון לא יהי' ת"י והח"מ אינו מסייע לי' . וכן הכא גבי שטר אמנה לא מהימן במגו נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו ולק"מ קושי' המראהצו"ב הנ"ל ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק ח' מ"ש בזה יעוש"ה . ובלא"ה ל"ק ד' הרמב"ן אהדדי דז"ל המ"מ שם והרמב"ן אמר כמסתפק מאחר שתבעו בחובו א"כ לומר במה שבידו שהוא של אחרים דחזקה כל מה שת"י האדם הרי הוא שלו ומגו במקום חזקה כזו ל"א לפי שהאדם עשוי לעשות קנויא להפקיע ממון חבירו לפיכך חוששין לה עכ"ל . הרי דעיקר הרמב"ן משום חשש קנויא בהא ל"א מגו נגד חזקה זו והתם

גבי

גבי נסכא דר"א דליכא חשש קנוניא שפיר אמרינן מגו אף דהוי נגד החזקה ולק"מ קושי' הנ"ל. אבל באמת על הש"ך ליכא לתרוצי עפ"ד הנתיבות הנ"ל דהא בסי' ס"ב ס"ק ו' כ' כהש"ך לייסב דמש"ה לא מהימנה לומר אחרים נתנו לי במתנה ע"מ שאין לך רשות במגו דאתה נתת לי דחזקה דכל מה שביד האשה בחזקתה הוא לאכול פירות ומגו במקום חזקה ל"א והא התם האשה מוחזקת והה"מ מסייע למגו ואפ"ה ל"א מגו במקום חזקה. אך על הרמב"ן יכול לייסב כן וכמ"ש. אחר כותבי הנ"ל ראיתי בס' שם ארי' חחו"מ סי' ג' שהגאון בעל שעהמ"ש כ"כ לייסב קושי' הנ"ל ובסי' ד' שם השיג השם ארי' עליו מסי' זה דהלוה מוחזק והמלוה אית לי' מגו ואפי"ה כ' הרמב"ן דהוי מגו במקום חזקה יעוש"ה. ובאמת לק"מ די"ל דכונת השעהמ"ש משום דהוי מגו מגברא לגברא וכמ"ש בכונת הנתיבות כן י"ל בכונת השעהמ"ש ואין השגת השם ארי' עליו כלום. ועי"ש עוד בשם ארי' מה שהאריך וכ' בזה. ולפ"ד הנתיבות והשעהמ"ש הנ"ל י"ל כהב"ש באה"ע סי' פ"ה ס"ק כ"ט ל' שהשיג על הש"ך דסי' ס"ב הנ"ל דהא מגו במקום חזקה הוי איבעיא דלא אפשטא כו' א"כ מספיקא אין מוציאין מידה כשיש לה מגו עכ"ד; והיינו משום דהה"מ מסייע להמגו בזה שפיר מהני המגו אף דהוי נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו ועי' בהפלאה בקו"א שם בס"ק ט"ו שהשיג על הב"ש מהא דסי' ל"ט דא"כ במגו נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו. ולפ"ד הנתיבות והשעה"מ הנ"ל שפיר י"ל כהב"ש ואינו דומה להא דסי' ל"ט וכנ"ל ועי' בישועות יעקב באה"ע שם ס"ק ו' ובמעין גנים לקמן בסי' ס"ב מ"ש על ד' הב"ש יעוש"ה. וגם לפ"ד הנתיבות והשעהמ"ש הנ"ל ניחא נמי ד' הב"ש שלא יסתרו דבריו אהדדי. דבסי' ק' ס"ק ד' ס"ל להב"ש דא"כ לומר של אחרים במגו דהוי נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו וכהש"ך דסי' ל"ט הנ"ל. ולכאורה סתרי דבריו אהדדי מהא דסי' פ"ה הנ"ל. ולפ"ד הנתיבות והשעהמ"ש ניחא דהיכא דאין הה"מ מסייע להמגו בזה לא מהני נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו כמו בהא דסי' ק' הנ"ל ושאני בהא דסי' פ"ה דהה"מ מסייע למגו בזה שפיר ס"ל להב"ש דמהני מגו אף דהוי נגד החזקה ואין כאן שום סתירה בד' הב"ש הנ"ל. ועוד יש לייסב ד' הב"ש דסי' פ"ה דאינו דומה להא דסי' ל"ט הנ"ל לפמ"ש הברית אברהם חאה"ע סי' כ"ז אות ז' לייסב קושי' הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ז וסי' מ"ג שהק' דאמאי חיישינן לשאלה הא איכא חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו. וכ' לייסב עפמ"ש לייסב קושי' הג"ת שער ט"ז לענין מגו במקום חזקה דהיכא דהטענה עצמה טענה מעלי' היא אך דבאנו לגרוע הטענה עפ"י החזקה. וא"כ אף דהחזקה אלימא ממגו עכ"פ המגו מגרע כח החזקה במקצת דאין כחה עתה שיש לה מגו מתנגדת כמו היכא דאין לה מגו כמו במשקלות ששוקלין בכף אחת ליטרא ובכף אחת חצי ליטרא וכ"ז שלא היו נותנין בכף השני' החצי ליטרא הי' הכף מכריע ליטרא וכעת שנתנו בכף השני' חצי ליטרא תו אין משקל הליטרא מכריע אך חצי ליטרא. וא"כ מיבעי שפיר דלמא לא אלימא החזקה לגרוע הטענה מעלי' של הנתבע כו' אבל היכא דבלתי כח החזקה ובלתי כח המגו היא טענה גרועה ובאנו להאמינו במגו ממילא כשיש חזקה נתנגדת מדחה המגו לגמרי כו'. ולפ"ז י"ל דגם חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו לא הוי חזקה מעליא. אך התם גם לולי כח החזקה כו' הוי טענה זו דשל אחרים טענה גרועה כו' דהא ברי דידי' אינו כלום מחמת חשש קנוניא אך דבאנו להאמינו מחמת מגו אתי החזקה כל דהוא ומגרע כח המגו עכ"ד יעוש"ה. וא"כ ניחא ד' הב"ש דבהא דסי' ל"ט הוי טענה גרועה לחוב לאחרים שבודאי חייב לזה והאיך הוי הך ספק דשמא הוא של אחרים יוציא מידי ודאי שעבוד חוב ומש"ה לא מהימן במגו כיון דיש חזקה כנגדה. אבל באמת חזקה זו לא הוי חזקה מעליא וא"כ שפיר י"ל דנאמנת לומר אחרים נתנו לי במתנה ע"מ שלא יהא לבעלי רשות במגו דאתה נתת לי כיון דהטענה לא הוי טענה גרועה כמו בהא דסי' ל"ט וא"ל שפיר מהני מגו אף דאיכא חזקה כנגדה וגם לא סתרי ד' הב"ש מהא דסי' ק' הנ"ל מה"ט. ועפ"ז מיושב נמי קושי' הנ"ל שלא תקשי ד' הרמב"ן וד' הש"ך אהדדי מהא דנסכא דר"א הנ"ל דהתם הוי טענה מעלייתא דהא קאי אי אמרינן דאף הגוזל בעדים א"צ להחזיר לו בעדים ומש"ה שפיר נאמן במגו אף דהוי נגד החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו וכמ"ש הברית אברהם הנ"ל ועי' לעיל בסי' ל' ס"ק י' מה שכתבתי בד' הברית אברהם הנ"ל יעוש"ה. וא"כ לענין דינא נ' דהעיקר כהב"ש דסי' פ"ה הנ"ל דחולק על הש"ך וכ"פ התומים בסי' ס"ב ס"ק ב' ובנתיבות שם בס"ק ו' ובחידושים בס"ק ה' ובבית יעקב באה"ע סי' פ"ה ס"ק י"ב. ועי' בתומים בסי' ל"ט ס"ק ד' ובנתיבות בסי' ס"ב ס"ק ט' ובדברי משפט שם בס"ק א' ובס' ישועות ישראל שם בס"ק א' ובס' נחל יצחק שם ובסי' ל"ט וכאן בס"ק א' ובשעהמ"ש בסי' כ' ס"ק א' ובנו"ב שם ובמראות הצובאות שם ובקהלת יעקב שם ובשערי בינה שער ה' אות כ"ב ובשער י"ט אות ג' ובחמדת שלמה חאה"ע סי' ל"א ובמהר"ס מינץ סי' כ"א ובחת"ס סופר באה"ע ח"א סי' כ"א וסי' פ' ובעטרת חכמים חאה"ע סי'. ובחידושי הרי"מ בסי' ע"ה ס"ק כ"ה ובסי' ל"ט ס"ק ח' ובדברי חיים שם ובשם ארי' שם ובס' עין יצחק חאה"ע סי' כ' ובס' מלבושי יו"ט חאה"ע סי' ט"ו ובס' שאילות שמואל בכלילות שמואל כללי ח' אות ל' מ"ש והאריכו בענין חזקה הנ"ל ואין כאן ע"מ להאריך בזה:

סימן מח

סעיף א (א) **שביון** שנמצא שעבודו כו'. בסמ"ע בס"ק א' הביא ד' הע"ש דאם מוציא ראובן ממר"ס חתם בו שמעון והנייר חלק מצד הב' לגמרי כו' דגרע חזקת ממר"ס זה דאין דרך העולם להאמין למלוה כו' ונאמן הלוה לומר ממני נפל ואתה מצאתו. והסמ"ע השיג עליו וכ' דגובה המלוה בחתימה חלקה. עוד הביא בשם הע"ש שאפי' טוען לויתי כך וכך ופרעתי נאמן והשיג עליו דז"א לפי סברתו דמאחר שהוא מודה דמתחילה מסר ביד זה שטר ממר"ס זו הרי מעיד אנפשי' שהוא האמין לי' ואיך נאמין לי' במה שאומר פרעתי במגו דלא לויתי דהי' נאמן עליו משום דחזקה הוא דאין אדם מאמין ממר"ס כזה כיון דלפי הודאתו אינו הוא בכלל החזקה שהרי האמינו עכ"ל; והיינו משום דס"ל דהוי מגו נגד הודאת בע"ד וכן ס"ל להרשב"ס ב"ב ל"ב ב' ד"ה אמאי כו' דזהו טעמי' דר"י משום דהוי מגו נגד הודאת בע"ד ובאמת כבר השיג הרמב"ן שם על הרשב"ס ועי' בקצה"ח בסי' ל"ב ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה וא"כ מוכח כהע"ש. ועי' בש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ז שפ' כסע"ש וכ' דבמה יתבע אותו הלא אין כתוב דבר ומשום מגו דאי בעי הוה כתב עלי' מאי דבעי אין לחייב החתום דהוי מגו להוציא ממון מהחתום עכ"ל. ולכאורה הוא תמוה דהא במקום שטרא אמרינן מגו להוציא אך לפמ"ש הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ו' ובסי' פ"ג ס"ק ה' דלא אמרינן מגו להוציא בשטר אלא בשטר לגובה ממשעבדי אבל בשטר דאינו גובה ממשעבדי ל"א מגו להוציא וא"כ ניחא דבחתימה חלקה א"ג ממשעבדי ומש"ה כ' הש"ך דהוי מגו להוציא ויהי' ראי' מד' הש"ך הנ"ל להקצה"ח ועי' לעיל בסי' מ"ג ס"ק ג' מה שכתבתי בזה יעוש"ה. ואין כאן עמ"ל בזה. אבל באמת ז"א דהא הש"ך ס"ל לקמן בסי' פ"ג ס"ק ט' דלא כהקצה"ח הנ"ל אלא דאף בשטר דא"ג ממשעבדי אמרינן מגו להוציא. וצ"ל להש"ך דכאן לא מקרי שטר דהא הוי חתימה חלקה אלא מגו דאי בעי הוי עביד כת"י דכתב עלי' מאי דבעי בזה שפיר כ' הש"ך דהוי מגו להוציא ולא אמרינן ועי' לקמן בסי' ס"ט ס"ק ד' מה שכתבתי בזה יעוש"ה:

אינן

ב) **אינו** חוזר ולוה בו. עי' ש"ך ס"ק ב' שכ' דבכת"י אפי' מוקדם לא מהני דחיישינן לקנוניא כו' והשיג על מהר"ם לובלין בתשובה סי' ל"ה וכן כ' הש"ך לעיל בסי' מ"ג ס"ק א' דלא מהני קדימה בכת"י דחיישינן לקנוניא ועי' בתומים שם בס"ק ג' ובנתיבות שם בס"ק ד' ובמקצוע בתורה שם בס"ק ד' ובמעין גנים שם ובס' ישועות ישראל שם ס"ק ג' ובקצה"ח כאן בס"ק ד' ובדברי משפט בס"ק א' ובס' נחל יצחק בס"ק ב' ובקצה"ח לקמן בסי' ס"ט ס"ק א' ובנתיבות שם בס"ק ג' ובבית יהודא שם ובשעהמ"ש שם ס"ק א' ובט"ב מהדו"ת חחו"מ סי' כ"ו ובדברי חיים בדיני הלואה סי' י' ובדיני גיטין סי' ה' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

ג) **בהג"ה** ומסרו לו בפני עדים כו'. עי' ש"ך ס"ק ה' שכ' דבעינן שימסור בפני ע"ח כו' ובתומים בס"ק ג' הק' עליו ממ"כ אי נימא שלא חתמו רק על הלואה ראשונה ולא על זה א"כ מה בכך שהם הע"מ עכ"פ חתימתן אינו על זה וה"ל מזויף מתוכו והנה עלמך לוה מיב"ש זה ופרע לו והחזיר לו שטרו וכי יכול ללות בו מיב"ש אחר בע"מ שהיו ע"ח הא החתימה בזיוף דלא חתמו על זה יב"ש כלל ועכצ"ל כו' דהעדים מעידין על כל הלואות שיהי' באותו יום וסומכים שימסור אח"כ בע"מ כו' ה"נ מהני כשימסור בע"מ אחרים עכ"ד. ובנתיבות בס"ק ב' תי' קושי' דתומים דהא מה שמוציאין ממשעבדי ע"י ע"ח דהוי כאלו הם מעידין שיצא הקול על ידם ומש"ה כשהן הן הע"מ גם על הלואה שנית כשסומכים אח"כ על העדות של הע"ח להוציא ממשעבדי הוא אמת דהא על ידם נפיק הקול באמת גם על הלואה שנית אבל כשע"מ הן אחרים כו' ואנו סומכים על העדות של הע"ח ט' הוי מזויף מתוכו עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דהא קושי' התומים הנ"ל הוא דהא החתימה לא הי' על הלואה שנית ואיך נסמוך אח"כ על ח"י העדים כשאין העדים לפנינו להעיד על המסירה ועדיין קשה קושי' התומים הנ"ל ועי' בהגהות אמרי ברוך שהשיג נמי על הנתיבות מד' התוס' בגיטין ד' א' ד"ה מודה ר"א כו':

אבל באמת קושי' התומים הנ"ל בלא"ה נק"מ דיש לומר דאה"נ דיכול ללות בשטר זה מיב"ש אחר דהא בשטר שכתוב בו לויתי ממך כשר ושתמא אפי' כתב תחלה ללות מראובן ולא הלוהו רק שמעון הלוהו בשטר זה וא"כ ה"נ מועיל שטר זה ליב"ש אחר בע"מ שהיו ע"ח שידעו מהלואה זו ל"ה מזויף מתוכו. משא"כ אם מסרו לפני עדים אחרים ואנו נסמוך על הע"ח והלואה שנעשה לפני ע"ח כבר נתבטלה וזו הלואה אחרת שאין יודעין הע"ח ממנה חשיב שפיר מזויף מתוכו וכן תי' חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסעמייטין קושי' התומים הנ"ל. וא"כ נ' עיקר כהש"ך הנ"ל ולפ"ד הש"ך הנ"ל יש ליישב קושי' התומים לקמן בסי' ס"ה ס"ק ט' על המרדכי דמאי קאמר הגמ' בב"מ י"ז א' מהו דתימא דלמא הדר יזיף בי' זימנא אחריתי ואפשיטי דספרא חייש הא אי בעי יכול למוסרו בעדים וללות בו עכקוש"י והאריך בזה ליישב. ולפ"ד הש"ך הנ"ל ניחא דמיירי שאין הע"ח לפנינו והתומים אזיל לשיטתי' כאן דהשיג על הש"ך. אבל לפ"ד הש"ך לק"מ קושי' התומים דסי' ס"ה הנ"ל. וכן ראיתי בנתיבות שם בס"ק ט"ו שכ' ליישב כן קושי' התומים הנ"ל ועי' במקצוע בתורה בס"ק ג' שכ' נמי דהעיקר כהש"ך ומיישב קושי' התומים הנ"ל ותמה דלמאי לא העמיד דבריו על הך דקבל קנין שצריך ג"כ אותן עדים שחתמו על השטר דחד טעמא הוא יעוש"ה:

סימן מט

סעיף ב (א) **אפי'** אשה או קרוב כו'. עי' בחורים בס"ק ד' מה שהביא בשם הבני שמואל ומ"ש עליו

ועי' בקצה"ה בס"ק ב' ובס' ישועות ישראל בס"ק ב' מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' ל' ס"ק ט' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה ועי' בס' נחל יצחק בס"ק א' שכ' דה"ה קטן שהוא מכיר ונבון נאמן בהכרת הלוה והביא ראי' מד' הרמב"ם בפ"ד מהל' יבום הל' ל"א כו' ודין זה נלמד משם כו' והביא ראי' מזה להט"ז באהע"ז סי' י"ז סעי' י"ג והב"ש שם ס"ק ל"ד ועי' במראות הצובאות באה"ע שם ס"ק מ"ג מ"ד ובתשובות מהרא"ל הנדפס מחדש מהגאון מפלאצק חאה"ע סי' ט"ו מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ואכמ"ל בזה ואי"ה בחידושי לאה"ע אבאר דין זה באריכות:

סעיף ז' (ב) **באו** עדי השטר בעצמם כו'. עי' בקצה"ח בס"ק ד' שהביא ד' המ"מ בפ' כ"ד מהל' מלוה כו' והק' עליו וכי משום דיכולים לעשות שטר אחר הוי מלוה בשטר הא השתא לוה מוחה מלכתוב ואיך יעשה שליחותו בע"כ עכקוש"י והניח בצ"ע ולא ידענא מאי קשי' לי' דהא י"ל דהמ"מ ס"ל כדעת הי"א בסי' ל"ט סעי' ד' דאף אם הלוה עומד וצווח אל תכתבו לו שטר כותבים על כרחו וכיון דכאן לא עשו גמר לשליחותם יכולים לכתוב שטר אחר בע"כ של לוה ולשלם השמות וכן ראיתי בבית יהודא שכ"כ ליישב קושי' הקצה"ח הנ"ל יעוש"ה:

(ג) **בהג"ה** וכתבו שם העיר של אי' מהם לא גרע מסימן. בקצה"ח בס"ק ה' הק' דנהי דנימא דקורבא דמוכח עדיף וכן לפמ"ש הרמב"ן כאן נמצא כאן הי' הייט דוקא באיסורא. אבל בממון כיון דאין הולכין בממון אחה"ר ה"ה בתר קרוב והנמצא"ה עכקוש"י. ובאמת לק"מ דהא בחזקת כאן נמצא כאן הי' מוציאין ממון ועי' לקמן בסי' ס' סעי' ו' ובנתיבות שם בס"ק י"ד וגם על התורת חיים נמי לא קשה דכיון דקורבא דמוכח עדיפא מן רובא שפיר מוציאין ממון ולק"מ קושי' הקצה"ח הנ"ל ועי' לקמן בסי' ס' ס"ק ז' מ"ש בענין חזקה דכאן נמצא כאן הי' לענין ממון יעוש"ה:

(ד) **שלי"ש** או נר"ו כו'. עי' בש"ך בס"ק י"ד שחולק על זה והסכים להב"י והביא ד' ר' אלי' ן' חיים סי' מ"ג שכ' דאין הכרח דקאי אדסליק מיני' וכמ"ש התוס' ביומא ט' א' דמנו שם כ"ג שנשמשו בבית דאע"ג דכתיב יהושע בן יהוצדק הכהן הגדול יהוצדק לא הי' כ"ג ולא קאי כ"ג אלא איהושע כמו דוד בן ישי מלך ישראל ואין להוציא ממון מטעם זה עכ"ד. ודבריו תמוהין דהא מבואר בתוס' ביומא שם ד"ה ולא כו' איפכא דיהוצדק הי' כ"ג רק דלא חשיב לי' בכ"ג משום דגלה בגלות לדקי' יעוש"ה. אך רש"י בד"ה א' ה' פי' מ"א כ' דיהוצדק לא הי' כ"ג אלא יהושע הי' כ"ג והי' לו למהרא"ח הנ"ל להביא ד' רש"י והתוס' אלו דהם מחולקים בזה. ומה שהביא ראי' מדוד בן ישי מלך ישראל לא נמצא פסוק זה בכל נביאים וכתובים גם בכל הש"ס לא נמצא שיהא נכתב כן וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסעמייטין וצ"ע:

(ה) **אם** יכתבו הרשאה כו'. עי' בנתיבות בס"ק י"ז שכ' דמיירי כשטוענין שמא אבל כשטוען ברי לא מהני הרשאה כו' ועי' בחידושי הרמ"ה ב"ב קע"ג א' שכ' להדיא דמיירי הכא שטוען ברי. וכן ראיתי בס' ישועות ישראל בס"ק י' שהשיג על הנתיבות מד' הרמ"ה וגם מיישב קושי' הנתיבות דהאיך מהני הרשאה הא אינו ברשותו כו' והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף י' (ו) **א"י** לגבות מנכסיו כו' הרמב"ם השמיט הך דינא ובג"ת שער ל"ג הרגיש בזה ובתומים בס"ק י"ט תי' דזה תליא אי אמרינן ש"ד או לא"ד וכיון דהרמב"ם ס"ל דש"ד מש"ה השמיט כו' והאריך בזה ועי' בגליא מסכת סי' שהשיג על התומים וכ' דהשמיט לי' ש"ס ערוך ב"ב קע"ד ב' ופ' הרמב"ם בפ' כ"ב מהל' מלוה דאין יורדין לנכסי הלוה תחלה עד שיתבעשו משום דנכסי דבר אינש ערבין בי' ולא יתבע נוערב תחלה עכ"ד. וכבר קדמו בזה בתשו' מהרש"ך ח"ב סי' כ"ז שדחה כן דברי מי שרצה ליישב כן הובא במהרי"ט אלגזי בבכורות מ"ח והמהרי"ט אלגזי שם כ' ליישב שאין סתירה מד' הרמב"ם

הרמב"ם והגמ' הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. וא"כ אין מזה השגה על התומים. אך יש להשיג על התומים מה שהשיג הגליא מסכת שם מהא דכ' התו' בגיטין כ' א' ד"ה כיון דרבא ס"ל ש"ד וכ"כ הריטב"א הובא בש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב'. ואפי"ה ס"ל דא"י לגבות מנכסיו היכא דא"י לגבות מהלוה עצמו עכ"ד והאריך בזה ליישב ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ד' ובס' מקצוע בתורה בס"ק י' ובס' עונג יו"ט ח' יו"ד סי' ל"ח מ"ש ליישב ד' הרמב"ם והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן נ

סעיף א (א) **ונפל** ממנו. עי' בתומים בס"ק ד' שכ' דבנפילה דרבים מהני מגו ובנפילה דיחיד לא מהני מגו ומיישב בזה ד' הבעה"ת שער ל"ג ח"ד ד"ג וכ"כ הקצה"ח בסי' מ"ו ס"ק א' דבנפילה דיחיד לא מהני מגו ומיישב בזה קושי' התומים שם בס"ק א'. וכן הוא דעת הסמ"ע בשם הרשב"א לקמן בסי' ס"ט ס"ק י"ב דבנפילה דיחיד לא מהני מגו אבל הש"ך שם בס"ק ע"ז השיג על הסמ"ע שהעתיק ד' הרשב"א וכ' דמהני מגו אף בנפילה דיחיד ועי' בנתיבות שם בס"ק ז' וכאן בס"ק ב' ובסי' מ"ו ס"ק א' מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' כ"ג ס"ק ג' מה שהקשיתי על הנתיבות שם בס"ק ג' שסותר ד"ע מסם לסי' ס"ע והארכתי בזה יעוש"ה. ולפ"ד הש"ך נ"ל בכונת הבעה"ת הנ"ל כמ"ש בדברי חיים בדיני הלואה בסי' י"ב והאריך בזה ועי' במקצוע בתורה בס"ק ד' מ"ש בזה. ולפ"ד התומים והקצה"ח הנ"ל יש ליישב ד' החכם צבי בסי' קל"ד שכ' דאף דחיישינן לשאלה היינו דוקא בשאלה דרבים אם יש סימן אמצעי בגוף וסימן מובהק או ע"ע בכלי ל"ח לשאלה דהוי שאלה דיחיד להשאיל לאותו איש דיש לו ס"א בגוף כמו הוא כו'. ובנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' כ"א הק' עליו מד' הגמ' ב"ב קע"ב ב' דרק אביי הוא דמחלק בין נפילה דרבים לנפילה דיחיד. אבל אנן קי"ל כרבא דס"ל דאין חילוק דאל"כ מאי הוכיח רבא שם מהא דב' יב"ש מוציאין שט"ח על אחרים דל"ח לנפילה והא אינו מוכח כלל דהא יש לחלק בין נפילה דרבים לנפילה דיחיד כדדחי אביי א"ו מוכח דרבא ס"ל דאין חילוק בין נפילה דרבים לנפילה דיחיד א"כ אף בשאלה אין חילוק בין שאלה דרבים לשאלה דיחיד עכקוש"י יעוש"ה. ולפ"ד התומים הא מוכח מד' הבעה"ת הנ"ל דאף לרבא איכא חילוק בין נפילה דרבים לנפילה דיחיד לענין מגו דבנפילה דיחיד לא מהני מגו וכן מוכח מד' הרשב"א שהביא הסמ"ע הנ"ל וכן ס"ל להרמב"ם בפי"ב מהל' גירושין לפ"ד הקצה"ח הנ"ל דיש חילוק בין נפילה דרבים לנפילה דיחיד לענין מגו אף לרבא. וא"כ ה"נ יש לחלק דאף דחיישינן לשאלה מטום חומרא דא"א דוקא לשאלה דרבים אבל לשאלה דיחיד ל"ח ושפיר ד' הח"צ הנ"ל ולק"מ קושי' הנו"ב הנ"ל. וכן ראיתי בדברי משפט בס"ק א' שכ' כן ליישב ד' הח"צ מקושי' הנ"ל ועי"ש עוד מ"ש ליישב קושי' הבית מאיר באה"ע סי' י"ז סעי' כ"ד על הח"צ מיבמות קט"ז א' עפ"ד התומים הנ"ל ועי' בדברי חיים בדיני אישות סי' ו' מ"ש ליישב קושי' הבית מאיר הנ"ל והאריך בזה. ואין כאן עמ"ל בזה וא"י"ה בחידושי על אה"ע אבאר זה באריכות ועי' בשעה"מ בס"ק א' שכ' דדין זה במחלוקת שנוי' אי אמרינן גבי שטר חזקה כל מה שת"י האדם הרי הוא שלו וא"כ במגו כו' והאריך בזה ועי' בבית יהודא שהשיג עליו והאריך בזה יעוש"ה:

(ב) **בהג"ה** ועי' לקמן בסי' ס"א סעי' י'. וכ' הש"ך בס"ק ט' דכונת הרב דמחייב את עצמו בדבר שלא הי' חייב כו' והוא מבואר בתשובות הרא"ש וכן מצינו בשאול על מעשה דגלית הפלשתי שמשעבד עצמו ונכסיו ליתן עושר גדול למי שיכה הפלשתי ובא דוד והכהו ונתחייב שאול לדוד באותן ממון עכ"ל. ולא ידענא מאי ראי' היא זו מנהא דגלית הפלשתי דהתם הוה חיוב ממש בעבור הכאה שהכה את הפלשתי והוה כמו שחייב בשביל הלואה שהלוה לו אדם. אבל במחייב עצמו בדבר שלא הי' חייב י"ל דלא מהני מה שמעבד עצמו נגד המוציא שט"ח זה עליו וכמדומה לי שראיתי קושי' זו בס' גור ארי' יהודא חחו"מ ואינו ת"י ועי' בס' מקצוע בתורה בס"ק ז' שהק' נמי כעין זה יעוש"ה ול"ע:

סימן נא

סעיף א (א) **ע"א** בכתב וע"א בע"פ כו'. עי' בש"ך בס"ק א' שמיישב קושי' הסמ"ע שהק' דא"כ עד שני דע"פ ל"ל כלל כו' דנפ"מ אפי' אם יבוא אותו שבכתב ויכחישו שלא פרע או שכתב בפירוש שידוע לו שלא פרע דאז הי' נשבע להכחיש העד והשתא שאותו שבע"פ אומר אני קניתי שניהן מצטרפין לעשות מלוה בשטר וא"י לטעון פרעתי עכ"ל. ולפ"ד בנסכא דר"א באומר אין חטפי ודידי חטפי והעד מעיד שחטף ואינו שלו לא אמרינן דהוי משואיל"מ. ובתומים בס"ק א' השיג על הש"ך דמה בכך שהעד מוסיף ואומר שיודע שלא פרע וכי בשביל זה מגרע גרע עכ"ד. ובנתיבות בס"ק א' כ' דזה תליא בב' תי' התוס' ב"ב ל"ד א' גבי נסכא דר"א דלתי' הא' דירא להכחיש העד בשבועה א"כ כיון דגם השתא מכחיש להעד וצריך שבועה נגדו לא שייך זה ולתי' הריב"ם שם שכ' דכ"ז שאינו נשבע נגד העד הרי הוא כב' א"כ כאן שאינו מכחישו שלא לוה הרי הוא כב' מעידין שלוה וכיון דבע"א בשטר ס"ל להרמב"ם דשייך גבי' שטרך בידי מאי בעי וא"כ רק במגו דלהד"ם והוי כמגו במקום עדים עכ"ד. והנה הנתיבות כ' כן מסברת עצמו. ובאמת כן מבואר להדיא בריב"ש סי' שנ"ב דדין זה תליא בין ב' תי' התוס' הנ"ל וכ"כ במהרי"ט ח"א סי' ט' ועי' בשעהמ"ש ס"ק א' ובסי' ע"ה ס"ק י"א ובדברי משפט בס"ק א' ובגליון ש"ע מהגאון רע"א ובס' משנת דר"א ובמקצוע בתורה בס"ק ב' ובס' ישועות ישראל בס"ק א' ובברית אברהם חחו"מ סי' ב' ובשערי בינה שער ה' אות י"ט ובשער כ' דין א' אות ח' ובדין כ"א אות א' ובחידושי הרי"מ בסי' ע"ה ס"ק כ"ו ובס' נחל יצחק שם בס"ק י"ד מ"ש והאריכו בזה ועי' לקמן בסי' כ"ח ס"ק ו' מה שכתבתי בזה יעוש"ה:

סעיף ב' (ב) **הוציא** עליו שט"ח בע"א כו'. עי' בס' מקצוע בתורה בס"ק ה' שהק' על המחבר דס"ל לעיל בסי' כ"ח סעי' י"ב כהרמב"ם דעדות שבשטר דרבנן ולקמן בסי' ע"ה סעי' י"ד פ' המחבר דבשבועה דרבנן לא אמרינן משואיל"מ ואיך הביא כאן דעת הרמב"ם דבהוציא עליו שט"ח בע"א הוי משואיל"מ עכקוש"י. וכבר קדמו בקושי' זו בנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ג והק' כן על הרמב"ם והאריך בזה ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק י"ג מ"ש ליישב קושי' זו והארכתי בזה יעוש"ה ועי' בשערי בינה שער כ' דין כ"א אות א' מ"ש והאריך בזה:

(ג) **הרי** זה משואיל"מ. עי' לעיל בסי' מ"ו ס"ק ח' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף ג' (ד) **וי"א** שדינו כשטר כו'. עי' במקצוע בתורה בס"ק ו' שהביא ראי' שלא כהשאלתות והראב"ד דס"ל דאין ע"א בשטר כלום אלא דאף בשטר ע"א זוקק לשבועה מהא דאמרינן במכות ו' א' אמר ר' יוסי בד"א בד"נ אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר ופרש"י דכתיב ואילו העדה ובתו' הק' דהא כתיב משפט אחד ופי' דהחילוק הוא דבממון ל"ש מקיים שלשה לשנים דבשנים איכא גם בנמצא קרוב או פסול מ"מ נשאר ע"א לחייב שבועה. וא"כ קשה איך פ' ר"י דבד"מ תתקיים העדות בשאר דקשה הכתי בשטרות למה תתקיים העדות

העדות בשטר הא בשטרות אין העד מועיל אפי' לחיוב שבועה דע"א בשטר לאו כלום הוא וא"כ איך פסיק ותני דבד"מ תתקיים העדות בשטר הא איכא שטרות כו'. וא"כ בשלשה בטל העדות לגמרי א"ו אפי' בשטרות זוקק ע"א לשבועה עכ"ד • ובאמת אין זה ראי' דלפ"ד עדיין תקשי הא בקרקע אין ע"א זוקק לשבועה אלא עכצ"ל דכונת התוס' כיון דבסוג זה מצינו דע"א מהני בכל גוונא אף שבפרט אחד לא מהני ע"א על הכלל אנו דנים. וכן ראיתי בתנא תוספתא בנזיר בפ"ג הל' א' בעיטור בכורים שם שפי' נמי כן ד' התוס' יעוש"ה. וא"כ ממילא ה"ה נמי לענין שטר ואין ראי' מד' התוס' הנ"ל ושפיר י"ל דאף התוס' ס"ל דאין ע"א בשטר זוקק לשבועה וכהשאלתות והראב"ד הנ"ל :

סעיף ו' (ה) **והעדים** קרובים לא' כו'. עי' בתומים בס"ק ט' ובשעהמ"ש בס"ק ה' ובדברי משפט בס"ק ג' ובמקלוע בתורה ס"ק י' ובס' ישועות ישראל בס"ק ה' ובמת"א הל' עדות סי' ג' ובט"ב מהרו"ק חאה"ע סי' כ"א ובדברי חיים בדיני הלואה סי' י"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ז' (ו) **שטר** שנמסר כו'. עי' ש"ך בס"ק ט' שהביא כמה פוס' דחולקין וס"ל דאין הל' כר"א בשטרות כו' ועי' בדברי משפט בס"ק ד' ובגרש ירחים בגיטין ד' א' ד"ה דקי"ל כו' ובמשכנות יעקב חחו"מ סי' י"ע ובס' נחל יצחק בס"ק ב' ג' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן נב

סעיף א' (א) **שטר** שיש בו רבית כו'. בקצה"ח בס"ק א' הק' על הלח"מ בפי"ג מהל' שכירות שתי' דלפמ"ש הרמב"ם בפ"ט מהל' עדות דאדם יכול להעיד בכתב וא"כ עדים זוממין נמי יכול להיות במעשה שיכתוב עדותו דהוי כמעשה ומזה דן המשל"מ דה"ה גבי רבית נמי כיון דמשכחת לה ע"י מעשה כגון בחתימה אף שלא חתמו לוקין דומיא דע"ז. וע"ז הק' הקצה"ח דהא דעת הרמב"ם דאותכין עדות שבשטר מד"ס כו' ולא יתכן ללקות משום דאית בי' מעשה ואפי' למ"ד דעדות שבשטר דאורייתא אפי"ה בהזמה דעת בעה"מ דבעינן דוקא מפיהם עכקוש"י. ובאמת לק"מ לפמ"ש הלח"מ בפ"ג מהל' עדות בדעת הרמב"ם דכל זמן שהעדים קיימים וזוכרים עדותם שיכולים להגיד בפיהם מהני מה"ת כר"ת ודברי הרמב"ם קאי היכא דמתו העדים בזה לא הוי רק מדרבנן יעוש"ה. וא"כ שפיר ד' הלח"מ והמשל"מ הנ"ל דמיירי היכא דהעדים קיימים וזוכרים עדותם דבזה שפיר משכחת לה ע"י מעשה. וממילא לא קשה נמי מה שהקש' מד' הרז"ה גבי הזמה די"ל דהרז"ה לא קאי רק היכא דמתו העדים אבל היכא דהעדים קיימים וזוכרים עדותם בזה שפיר י"ל דס"ל להרז"ה דמהני גבי הזמה ולק"מ קושי' הקצה"ח הנ"ל. עוד הביא הקצה"ח ד' המהרי"ט ח"א סי' קל"א והשיג עליו דיש חילוק בין רשע דחמס ובין רשע שאינו של חמס והאריך בזה. ובנתיבות בס"ק א' השיג עליו דהתם בב"ק הטעם משום דעדות שבטמ"ק בטלה כולה כו' ובמשובב נתיבות השיג עליו וכ' דהתם אגופייהו דעדים קא מהדרינן והאריך בזה. ובאמת במהרש"א בב"ק שם מבואר להדיא כהנתיבות יעוש"ה ועי' במת"א הל' עדות סי' ג' ובחידושי הרי"מ בסי' ע"ט ס"ק א' ובתשובות בית אפרים חאה"ע סי' כ"ז מ"ש בזה ואכע"מ להאריך בזה. ועי' בשעהמ"ש בס"ק ג' מה שהק' מכתובות פ"ז ב' גבי פותחת כו' ועי' בבית יהודא ובס' נחל יצחק מ"ש ליישב קושי' זו והאריכו בזה :

סימן נג

סעיף א' (א) **אלא** מרצון הלוה. והק' הש"ך בס"ק ב' אפי' מדעת שניהם ניחוש לקנוניא דלמא הלוה חייב ג"כ לאחרים כו' ועושה לו עתה ב' שטרות כדי שיגבה ב' חלקים כו' ועי' בביאורי הגר"א בס"ק ד' שכ' על הש"ך דאינו מבין שיחתו אם ירצה הלוה יעשה שטרות הרבה וחייב עצמו להרבה עכ"ד. ולפמ"ש בפ"ת בס"ק ב' בשם הגהות דשא סי' י"א בכונת הש"ך שפיר קושי' הש"ך. אך קשה על מה שתי' הש"ך דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דאיתרע בנפילה סותר ד"ע דבסי' ל"ט ס"ק כ"ד ובסי' מ"א ס"ק ב' ובסי' ע"ט ס"ק ל' ובסי' ק"ו ס"ק ו' ס"ל להש"ך דאף בלא נפילה חיישינן לקנוניא. וכן ראיתי בשערי בינה שער כ' דין י"ג אות ו' שהק' כן על הש"ך ועוד הק' שם על הרא"ש דסותר ד"ע דבפ"ק דמציעא ס"ל דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דאיתרע בנפילה ובשבועות ל"ז ס"ל דאף בלא נפילה נמי חיישינן לקנוניא והניח בצ"ע ועי' בהפלאה בכתובות ק"ב א' מ"ש על ד' הש"ך ועי' במקלוע בתורה בס"ק ג' ובס' נחל יצחק מ"ש ליישב קושי' הש"ך ישוש"ה :

סימן נד

סעיף ב' (א) **ואמר** המלוה אבד לי השטר כו'. בנתיבות בס"ק א' הק' דלמה יהי' השטר עדיף ממשכון הא אפי' אם נתן משכון דגופו והמלוה טוען שנאנס נשבע ונוטל חובו משום דלוה הוי כא"י אם פרעתיך כו' א"כ ה"נ כשהמלוה טוען שנשרף השטר יהי' ג"כ מהימן בשבועה ונוטל חובתו כו'. ותי' דבמשכון הלוה צריך לשלם חובו רק שהמלוה צריך ג"כ להחזיר משכונו אבל המשכון אינו נחשב לפרעון ובדין זה גובה וז"ג הוא כו' לכך צריך הלוה לשלם. אבל בשטר אין הלוה חייב לשלם עד שיחזיר לו שטרו כי לא נתן לו שטר שיהי' חוב על המלוה בהחזרת השטר רק שלא התחייב א"ע לשלם אלא בהחזרת השטר דבזה הוי טענות הלוה כא"י א"נ לך עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דהא טעמא דא"י א"פ חייב לשלם משום דהחיוב ודאי והפרעון ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי. והב"ד בסי' ע"ה בס"ק כ"ז כ' דאפי' ס' פרעון הוא קודם הגואה אפי"ה חייב לשלם. וא"כ ה"נ הא החיוב ודאי רק שמסופק אם נשאר השטר ביד המלוה אין ספק מוציא מידי ודאי. וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג כן על הנתיבות והאריך בזה ליישב קושי' זו ועי' בדברי משפט בס"ק ב' מ"ש והאריך בזה ישוש"ה :

(ב) **ישבע** המלוה היסת. וכ' הש"ך בס"ק ד' בשם ה"ה דאע"פ שאין הנייר שוה פרוטה מ"מ מחמת ראי' שבו יתן לו הלוה יותר מפרוטה ולכך נשבע היסת עכ"ל. עי' לעיל בסי' ט"ז ס"ק א' שיישבתי עפ"ד ה"ה אלו קושי' השעהמ"ש שם והארכתי בזה יעוש"ה ועי' בקצה"ח בס"ק א' ובנתיבות בס"ק ב' ובמקלוע בתורה בס"ק ד' מ"ש בזה :

סימן נה

סעיף א' (א) **והוא** שלא יהי' אנוס. עי' בנתיבות בס"ק א' שהשיג על הקצה"ח וכ' דדוקא בנדרים ס"ל להאגודה כן דהא בנדרים כשנאנס מותר אינו משום דאדעתא דהכי לא נדר דא"כ הי' צריך היתר חכם כו' רק שנדרי אונסין התירה רחמנא מטעם דאונס רחמנא פטרי' וס"ל לאגודה דלא מקרי אונס שלא יהא צריך היתר חכם רק שהי' אנוס ולא הי' אפשר לו כלל לקיים דאז שייך לומר אונס רחמנא

רחמנא פטרי׳. אבל כשהי׳ אפשר לו לקיים נדרו רק שפשע ודחה על יום האחרון ואז נאנס ל״מ אנוס לגמרי ול״ש בזה לומר אונס רחמנא פטרי׳ רק דאיכא למימר אדעתא דהכי לא נדר כו׳. אך דזה צריך שוב היתר חכם כו׳ וה״נ לכוותי׳ דל״מ אונס גמור להיות ניתר בלא היתר חכם אבל בהיתר חכם ודאי דניתר דהא איכא למימר אדעתא דהכי לא נדר וה״נ בקנין ובגיטין בתנאי ודאי דבטל אפי׳ נאנס ביום אחרון מטעם דאדעתא דהכי לא אתני עכ״ד. ובאמת בר״ן בנדרים כ״ז א׳ ד״ה נדרי׳ כו׳ לא כ״כ שכ׳ שם וז״ל דאע״ג דלאו אונס גמור הוא הרי אלו נדרי אונסין לפי שלא עלה על דעתו לאסור נכסיו על חבירו אם לא יאכל עמו אלא כשיוכל לבוא בלא אונס כלל ולא יבא אבל כל שנאנס קצת כגון שחלה בנו וצריך לשמרו מותר דלאו אדעתא דהכי אדרי׳ עכ״ל. וכ״כ הרע״ב שם יעוש״ה. הרי להדיא דלא כהנתיבות ולא ראה הנתיבות ד׳ הר״ן והרע״ב אלו ועכצ״ל כדבריהם דאי אפ״ל כהנתיבות משום דאונס רחמנא פטרי׳ כיון שחבירו הדירו י״ל מה לי ולאונסך. ומה שהק׳ הנתיבות הנ״ל דא״כ הי׳ צריך היתר חכם רק משום דאונס רחמנא פטרי׳ ליתא דלדבריו תקשי בנדרי שגגות ברואה אותן אוכלין תאנים ואמר הרי עליכם קרבן ונמצאו אביו ואחיו מותרין משום דאדעתא דהכי לא נדר ואמאי לא צריך היתר חכם א״ו דא״ל היתר חכם רק בפתח שאינו גלוי לכל רק שהוא אומר אדעתא דהכי לא נדרתי. אבל באומדנא דמוכח וגלוי לכל חשיב נדר טעות וא״ל התרה וכי היכי דמועיל אומדנא דמוכח במכר ובגט ה״נ מהני בנדרים. וכן השיג עליו חותני הגאון מ׳ יצחק צבי ז״ל אב״ד דסטמייטין ועי׳ בש״ך ביו״ד בסי׳ רל״ב ס״ק כ״ג דמוכח נמי דלא כהנתיבות יעוש״ה ועי׳ במשובב נתיבות מה שהשיג על הנתיבות מד׳ הרשב״א בגיטין ע״ד ומד׳ המג״א באו״ח סי׳ ק״ח ס״ק י״א ועי׳ בדברי משפט בס״ק א׳ ובס׳ ישועות ישראל בס״ק א׳ ובס׳ הפלאות נדרים בנדרים כ״ז ב׳ ד״ה דלמא כו׳ מ״ש בדברי אגודה והאריכו בזה:

ג) **בהגה** השליש פטור. בש״ך בס״ק ד׳ הביא ד׳ המשאות בנימין סי׳ פ״ה שכ׳ דוקא כשהחזירו למלוה אבל אם החזירו ללוה חייב. עי׳ בחת״ס סופר חחו״מ סי׳ ק״מ שכ׳ דדיני דגרמי וגרמא אינו אלא באינש דעלמא המזיק לחבירו. אבל מי שבא הדבר לידו בתורת שמירה או שליחות אפי׳ בדרך רחוקה ונפלאה הם חייבים והאריך בזה. ובאמת מד׳ הפוס׳ כאן ובסי׳ שפ״ח משמע דבכל ענין היכא דלא הוי רק גרמא פטור. וכן ראיתי בפ״ת בס״ק א׳ שהשיג על החת״ס סופר. וגם מ״ש החת״ס סופר שם על ד׳ הרשב״א עי׳ בד׳ הרשב״א שהביא הב״י לקמן בסי׳ שפ״ו מחו״א משמע דלא כדבריו יעוש״ה. ועי׳ בתומים בס״ק א׳ מה שהק׳ על המ״ב ועי׳ בקצה״ח בס״ק ב׳ ובנתיבות בס״ק ב׳ ובדברי משפט בס״ק ב׳ ובמקצוע בתורה בס״ק א׳ ובס׳ ישועות ישראל בס״ק ג׳ מ״ש והאריכו בזה:

סעיף ב׳ (ג) **בהג״ה** אלא מב״ח. עי׳ סמ״ע ס״ק ו׳ שכ׳ דמה שפרעו א״ג אפי׳ מב״ח כו׳ ועי׳ בסמ״ע לעיל בסי׳ מ״ח ס״ק א׳ שהשיג על הע״ש וכ׳ דמוכח מכאן דגובה מב״ח כו׳ וסוחר ד״ע ממ״ש כאן ועי׳ במעין גנים שהרניש בזה ועי׳ בש״ך בס״ק ה׳ שחולק על הרמ״א וס״ל דמחלה שלא נפרע גובה ממשעבדי ועי׳ בשעהמ״ש בס״ק ד׳ ובסי׳ כ״ב בס״ק ג׳ ובמקצוע בהורה בס״ק ג׳ ובבית יהודא ובישועות ישראל בס״ק ד׳ ובס׳ נחל יצחק בס״ק א׳ ובתשובות בית אפרים חחו״מ סי׳ ע״ב מ״ש והאריכו בזה יעוש״ה:

סימן נו

סעיף ד׳ (א) **א״נ**. וכ׳ הסמ״ע בס״ק י״א דאף שבועה דאורייתא אינו מחייב השליש לשכנגדו כו׳ ובש״ך בס״ק כ״ד הביא בשם הב״ח דהשיג עליו וס״ל דחייב לשבע ש״ד להכחיש השליש ואינו יכול לטעון השטאה או השבעה וראיתי בס׳ מים חיים חחו״מ סי׳ י׳ שהביא ראי׳ להסמ״ע דהא גם בטוען הלוה פרוע אין השליש נאמן כו׳ וא״כ לדעת הב״ח דבטוען מזויף מחויב לשבע ש״ד להכחיש השליש א״כ בטוען הלוה פרוע ה״ל משואיל״מ אפי׳ לדעת החולקין על הרמב״ם בסי׳ נ״א סעי׳ ב׳ כו׳ כיון דהשטר שמונח ביד שליש הוא כשני עדים רק שאינו יכול לקיים חתימות העדים כו׳. וא״כ לדעת הב״ח הוי נגד השליש משואיל״מ עכ״ד יעוש״ה. ולא ידענא מאי קאמר דהא כשטוען פרוע כשהשלשתי בידך דגם עתה מכחיש להשליש שפיר נאמן במגו דמזויף ונשבע להכחיש השליש ולא הוי משואיל״מ ול״ל דמיירי כשטוען פרעתיך אחר שהשלשתי בידך דבזה הוי מ״ש שאיל״ש משלם. וכ״כ התומים בס״ק י״ג דבזה הוי משואיל״מ. אבל הנתיבות בס״ק ט״ו כ׳ דאף בטוען פרעתי אחר שהשלשתי בידך לא הוי משואיל״מ דכל שאינו מקויים בשני עדים טענת פרעון בעצמו טענה מעליותא היא כו׳ והשיג על התומים אך הנתיבות אזיל לשיטתי׳ דלעיל בסי׳ מ״ו ס״ק ו׳ שכ׳ כן והאריך בזה. אבל לפמ״ש שם ס״ק א׳ דהעיקר דבע״א על הקיום ב׳ החתימות והלוה טוען פרעתי הוי משואיל״מ והארכתי בזה יעוש״ה והיינו דלא כהנתיבות. וא״כ ה״נ גבי שליש העיקר כהתומים הנ״ל דהוי משואיל״מ. וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג על הנתיבות וכ׳ דהעיקר כהתומים הנ״ל והאריך בזה. וא״כ שפיר ד׳ המים חיים הנ״ל דמיירי כשטוען פרעתיך אחר שהשלשתי בידך דבזה הוי משואיל״מ וכהתומים וכמ״ש וכן עיקר לדינא:

סעיף ו׳ (ב) **בהג״ה** אלא כשליה בעלמא. עי׳ בנתיבות בס״ק י״ח שכ׳ דהא דע״א לא מהימן משום דחיישינן שאומר בדדמי כו׳ וכ״כ בס״ק י״ד ולעיל בסי׳ ל״א ס״ק א׳ והאריך בזה ועי׳ שם בס״ק ב׳ מ״ש והארכתי בזה יעוש״ה:

(ג) **השליש** יעשה תמיד. כו׳ עי׳ בתומים בס״ק י׳ מה שהביא בשם הפרח מטה אהרן לענין אם ב׳ עדים מכחישים לשליש וב׳ עדים מסייעים לשליש אי נאמן ומה שהשיג עליו ועי׳ בס׳ ישועות ישראל בס״ק ז׳ מה שהביא בשם תשובות מהר״מ דפ׳ סי׳ תס״ב בזה ועי׳ לעיל בסי׳ ל״א ס״ק א׳ מ״ש לענין תרי ותרי והארכתי בזה יעוש״ה:

סימן נז

סעי׳ ב׳ (א) **אלא** ע״י הדחק השטר קיים. עי׳ בש״ך בס״ק ט׳ שכ׳ דאף הרשב״א מודה לזה והוא מהמ״מ בפי״ד מהל׳ מלוה שכ׳ דאם הי׳ מכיר בהם שאינם יוצאים רק ע״י הדחק לא הי׳ מקבלם והייט משום דס״ל דביוצא ע״י הדחק א״י לסלק להמלוה בע״כ ומד׳ הגמ׳ בב״ק ל״ז א׳ משמע דאף דאינו יוצא רק ע״י הדחק יכול לסלק לבע״ח דאמרינן התם תנן בישא תקע לי׳ להוא גברא כו׳ הוה נקיט זוזא מכא כו׳ ויהבי׳ נהלי׳. הרי אף דנפחת הצורתא ואפ״ה הי׳ הניזק מקבל אותו וכ״כ הנ״י שם וז״ל שמעינן מהכא שהניזק אית לי׳ לקבל אפי׳ זוזא דלא נפקא אלא ע״י הדחק עכ״ל. וכן ראיתי בס׳ נחל יצחק שהביא נמי ראי׳ זו מד׳ הגמ׳ הנ״ל וא״כ דחה זה וכ׳ לחלק דשאני בע״ח דדינו בזוזי כו׳ משא״כ בניזקין והאריך בזה. אך בים״ש שם סי׳ ב׳ כ׳ בהדיא דמהאי עובדא משמע דניזק אית לי׳ לקבל אפי׳ זוזי דלא נפקא אלא ע״י הדחק וכ׳ דה״ה בע״ח יעוש״ה ול״ע בדין זה:

סימן נח

סעי׳ א׳ (א) **לפרוע** להמשלה. עי׳ בנתיבות בס״ק ב׳ שכ׳ דכיון דשינה בפריעה מדעת המשלה ה״ל

ה"ל כפושע והזיק בממון דחייב ואין לפטור בזה משום גרמא עכ"ד. וכ"כ בס' מקור בתורה בס"ק ג' והיינו כד' החת"ס סופר חחו"מ סי' ק"מ ועי' לעיל בסי' נ"ה ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה:

(ג) **בהג"ה** וכן מי שהפקיד כו'. בקצה"ח בס"ק א' השיג על המשל"מ בפ"א מהל' שכירות וכ' דלא מהני מגו של לוי התוקף אלא לגבי עצמו אבל לא מהני לפטור את שמעון השואל במגו זו עכ"ד. ובשעהמ"ש בס"ק ג' כ' דנהי מגו של אחר והביא ראי' מתשובות הרשב"א שהביא הרב לקמן בסי' ע"ב סעי' י"ח בהג"ה ומסי' ס"ו סעי' י"א ומסי' מ"ז סעי' א' אך מסיק שם דזה דוקא בטענת ברי אבל בטענת ספק לא מהני מגו של אחר ע' והאריך בזה. וי"ל דבזה מחולקים הקצה"ח והמשל"מ דהמשל"מ ס"ל דאף בטענת ש' מהני מגו של אחר ומש"ה השיג על הב"י. והקצה"ח ס"ל כהשעהמ"ש דבטענת ש' לא מהני מגו של אחר ומש"ה הכריע כהב"י ולא כהמשל"מ. ומה שהקשה השעהמ"ש הכא דאמאי לא מהני מגו של בעל השטר להשליח לק"מ לפמ"ש הנתיבות בס"ק א' דהכא מגו שיש להמלוה לאו הוכחה היא שהוא אומר אמת דהא הוי מגו להוציא רק מכח השטר וא"כ הוא הזיקו שהניח השטר בידו דממגו לבד לא ידעינן שהוא חייב עכ"ד. וא"כ אין ראי' לענין טענת ש' דהא הוכחות השעהמ"ש הוא מכח קושיא זו ולפ"ד הנתיבות לק"מ ואין כאן הוכחה וי"ל דאף לענין טענת ש' מהני מגו של אחר וי"ל דבסברא זו של הנתיבות מחולקים המשל"מ והקצה"ח הנ"ל דהמשל"מ לא ס"ל סברת הנתיבות והקצה"ח ס"ל סברת הנתיבות. אך הנתיבות מסיק לבסוף דלא מועיל מגו שיש להאחר דבעינן דוקא שיהי' המגו לבע"ד או למי שמוטל הדבר לעשות ולא ידעתי מה יאמר על הראיות שהביא השעהמ"ש מסי' ע"ב ומסי' ס"ו ומסי' מ"ז דמוכח להדיא דמהני מגו של אחר:

סעי' ב' (ג) **ואמר** הלה פרעתיך כו'. בש"ך בס"ק י"א השיג על מהרא"ן ששון סי' ע"ד דס"ל דלא אמרינן מגו להכחיש את העד וכ' דדוקא גבי נסכא דר"א לא הוי מגו כיון שהי' צריך לשבע נגד העד אבל אי לא הי' צריך לשבע הוי שפיר מגו נגד העד ע'. ועי' בקה"ע בסי' מ"ב בב"ש ס"ק ו' דס"ל כמהרא"ן ששון הנ"ל דל"א מגו להכחיש את העד אף היכא דא"צ לשבע נגדו ועי' באבני מלואים שם בס"ק ד' ובהמקנה בקו"א שם ובחכם צבי בסי' קט"ו שהשיגו על הב"ש דל"א מגו נגד העד אלא היכא דצריך לשבע נגדו. ועי' בטיב קידושין שם בס"ק ז' מ"ש ליישב ד' הב"ש הנ"ל והאריך בזה ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ז' מ"ש בזה ועי' ביו"ד בסי' ל"ט סעי' י"ז גבי הקונה ריאה ואמר שמצא בה סרכא במקום שהוא טרפה כו' כיון שבאו שניהם בב"א אין כאן עדות וכן בסעי' ע"ז שם אמר הבודק שלא כסדרן היתה כו' ומעמידין הבהמה בחזקת היתר והיינו נמי מטעם שבאו שניהם בב"א וכ"כ הט"ז שם בס"ק כ"ב. והק' הפרמ"ג במש"ז שם דאמאי א"כ באם אמר אחד שלא כסדרן היתה הא אית לי' מגו דאי בעי הי' נוקב כו' וא"ל דל"א מגו במקום רוב כו' דא"כ בודק שאמר טריפה אמאי מהימן כו' ול"ל כיון דע"א מכחישו לא מהימן לי' במגו עכ"ד יעוש"ה וראיתי בס' בית יצחק בשער הספיקות בסי' כ"ד שהשיג עליו וכ' דהא דל"א מגו במקום ע"א היינו בממון דשייך בי' שבועה להכחיש את העד משא"כ באיסורים עכ"ד. והיינו כמו שהשיגו הש"ך על מהרא"ן ששון והחכם צבי על הב"ש הנ"ל וכן השיג הוא על הפרמ"ג אבל באמת אין זה השגה דכוונת הפרמ"ג דוקא משום דהוי רוב וע"א בזה לא מהני מגו כנגדו דברוב וע"א מהני להוציא ממון וכמ"ש לעיל בסי' ל"ג ס"ק א' והארכתי בזה יעוש"ה. אבל במגו נגד ע"א לחוד אף הפרמ"ג ס"ל דמהני מגו היכא דא"צ לשבע נגדו וכהש"ך והח"צ הנ"ל ואין כאן ע"מ להאריך בזה:

(ד) **והעידו** שפרע. בתומים בס"ק ה' הביא בשם הפרח מטה אהרן דהם ב' עדים אומרים בפרעון שטר

זה הוי וב' או' שטראי אי אמרינן אוקי תרי להדי תרי והשטר בחזקתו כו' והתומים השיג עליו מד' התוס' בכתובות כ' א' ד"ה ואוקי שפי' רשב"א בשובר דהתומים עדים על השובר וב' אומרים פסולים היו דה"ל תרי נגד תרי ומ"מ פטור הלוה ולא אמרינן דהשטר בחזקתו רק המוציא מחבירו עליו הראיה ומ"ש שובר שנפרע לגמרי והם מכחישים לגמרי או שאומרים שטראי נינהו והם אומרים נפרע לגמרי וברור דהמוציא מחבירו ונפטר הלוה עכ"ד. ועי' בדברי אמת בענין תרי ותרי בסי' ב' שהביא ד' הפמ"א הנ"ל והשיג עליו מד' התוס' כתובות הנ"ל. והיינו כהתומים וס"ל להתומים והד"א כהש"ך בסי' מ"ו ס"ק ק"א דבתרי ותרי נגד השטר לא מגבינן בי' יעוש"ה. ובאמת אין ראי' מד' התוס' כתובות הנ"ל וכמ"ש בשעהמ"ש בסי' מ"ו ס"ק י"ד. דבשלמא גבי שובר איכא למימר דפרע וסמיך אשובר שבידו אבל בתרי ותרי נגד השטר אמרינן חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהא אי איתא דפרע ה"ל ליטול השטר דל"ל דסמיך אעדים דדלמא ימותו או ילכו למדה"י וכמ"ש התוס' בגיטין ס"ד א' גבי שלים עכ"ד והאריך בזה. ומסיק דאמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי שטר בחזקתו הראשונה. וכן ראיתי בדברי משפט בס"ק ד' שהשיג על התומים מטעם זה דל"ל דסמיך אעדים דהא אם ילכו העדים למדה"י יכול המלוה לתבוע בשט"ח שבידו עכ"ד. וכ' דזה דומה להא דכ' הכנה"ג בסי' פ"ב דהיכא דיש להבע"ד מגו נגד תרי ותרי דאמרינן דנאמן הבע"ד במיגו וה"ה כאן דאמרינן אוקי שטר אחזקתי' כו' וסיים בצ"ע ועי' בס' נחל יצחק בסי' מ"ו ס"ק ט' שהשיג נמי על התומים מטעם הנ"ל והאריך בזה ועי' בבית יהודה מ"ש על ד' התומים הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. אך אע"פ שאין ראי' מד' התוס' כתובות הנ"ל מ"מ לענין דינא הארכתי בזה לעיל בסי' ל"ה ס"ק א' והעליתי דהעיקר כהש"ך והתומים והד"א הנ"ל דבתרי ותרי נגד השטר לא מגבינן בהאי שטרא משום דחזקה דשטרך בידי מאי בעי הוי בירור והוי כמו ב' עדים נגד ד' עדים וכמ"ש התוס' בב"ק ע"ב ב' ד"ה אין לך גבי מגו דהוי בירור דלא מהני נגד תרי ותרי וה"ה גבי חזקה דשטרך בידי מאי בעי. וגם הארכתי בד' הכנה"ג בסי' פ"ב שהביא הדברי משפט הנ"ל יעוש"ה. ושוב ראיתי בס' מקור בתורה בס"ק י' שכ' נמי כהתומים דבתרי ותרי נגד השטר בטל השטר והיינו כמ"ש לענין דינא וכן פי' הנתיבות בחידושים בס"ק ט' דהשטר בטל ועי"ש עוד במקור בתורה שכ' דהיכא דהב' לא אמרו רק שראו נתינת המעות ולא אמרו בפירוש שנתן לפרעון שטר זה בזה י"ל בתרי ותרי השטר קיים לגמרי עכ"ד. וסיים בצ"ע ועי' בנחל יצחק בסי' פ"ז ס"ק ו' מ"ש והאריך בענין זה יעוש"ה:

(ה) **בטל** השטר. במשל"מ בפי"ד מהל' מלוה נסתפק בדין זה אם השטר הוא בתו"ז אי אמרינן בכה"ג חזקה א"א פורע בתו"ז וכ' דמד' תשובות הרא"ש כלל מ"ז סי' ג' משמע דבכה"ג נאמן המלוה לומר שטראי נינהו יעוש"ה. ובנתיבות בס"ק ו' כ' עליו דחפשתי ולא מצאתי אותו בתשובות הרא"ש ול"ע בדין זה דמסתימת ד' הפוסקים משמע דאין לחלק עכ"ד. ובאמת כונת המשל"מ על הרא"ש בתשובה כלל ע"ו סי' ג' שכ' וז"ל ראובן הוציא שובר דמחל לו שמעון כל תביעותיו עד היום הזה ושמעון מוציא שטר דראובן חייב לו וזמן השטר והשובר הי' ביום אחד והשיב אף דלפרעון בת יומא לא חיישינן ה"מ התם דליתי' ללוה קמן ואמר פרעתי וממני נפל שהמלוה תובעו. אבל אי איתי' ללוה קמן ואמר פרעתי וממני נפל לא מהדרינן למלוה וכ"ש בנדון זה שיש שובר ביד ראובן שמוכיח שפרעו. ואע"ג דסתם הלואה ל' יום לא אמרינן עביד איניש דפרע בגו זמני' אלא בקובע זמן לשידע שלא יכול לפרוע בתוך הזמן אבל בסתם הלואה זימנין דמיתרמי לי' זוזי ופרע אפי' בו ביום עכ"ל. מבואר מזה דהא אמרינן חזקה זו אף בסתם הלואה א"כ לומר דפרע שט"ח שיש ביד שמעון אף דיש ביד ראובן שובר מ"מ כיון דזמן שט"ח והשובר הוא ביום אחד אמרינן חזקה זו. ולמאי הא כיון דיש שובר לראובן ועדים התומים בו הוי כיש עדים דראובן פרע לשמעון וכיון דיש עדים שפרע א"נ המלוה לומר שטראי וא"כ אף בסתם הלואה

הלוה אף אם נאמר חזקה זו מ"מ כיון דיש עדים דפרע לוה למלוה נאמן הלוה לומר פרעתי שט"ח זה ואין המלוה יכול לומר שטראי נינהו א"ו דסבר הרא"ש דאם השט"ח הוא בתו"ז אף דיש עדים דהלוה פרע מ"מ נאמן המלוה לומר שטראי נינהו כיון דיש חזקה דאין א"פ בתו"ז מש"ה הוצרך הרא"ש לומר דבסתם הלואה ל"א חזקה זו ושפיר מוכח מד' הרא"ש דבתו"ז אף אם יש עדים שפרעו נאמן המלוה לומר שטראי נינהו וכ"כ בדברי משפט בס"ק ג' דכונת המשל"מ על ד' תשובות הרא"ש אלו. אבל באמת ד' הרא"ש תמוהים דהא הך סברא דלא פרע בזימנא עדיפא מחזקה דתו"ז דבתו"ז אתרע שטרא כשנפל ומשום ה"ט דלא פרע בזימנא מחזירין שטר שנפל וכיון דהשובר מהני אף נגד הך חזקה שלא פרע בזימנא מכ"ש דמהני נגד חזקה דתו"ז וה"ה כשיש עדים שפרעו ועוד לפ"ד דשובר גרע מנפילה ובנפילה קי"ל לקמן בסי' ס"ה סעי' ו' דאפי' בתו"ז חייבינן לפרעון ועי' בש"ך לעיל בסי' מ"א ס"ק י"ט מ"ש בזה וא"כ מכ"ש היכא דאיכא שובר דאפי' בתו"ז איתרע שטרא וה"ה בפרעו בעדים א"י לטעון שטראי וכן תמה בגידולי תרומה שער ע"ז על הרא"ש דלמה לא יכול לטעון פרעתי על השובר אף בתו"ז והניח בצ"ע והביא בשם הריב"ש שכ' בהדיא דשובר מגרע חזקה דתו"ז וגם הך חזקה דלא פרע בזימנא יעוש"ה. וא"כ ד' הרא"ש לכאורה סתרי אהדדי דמסוף דבריו מוכח כהמשל"מ ומראש דבריו מוכח דא"י לטעון שטראי וכן ראיתי בס' שם ארי' חחו"מ סי' כ"ה שהק' ד' הרא"ש אהדדי וכ' ליישב דכונת הרא"ש דאי הוי כקביעות זמן לא הוי אתרע שטרא משום דאיכא ב' חזקות חזקה דתו"ז וחזקה דלא פרע בזימנא ובהצטרף ב' החזקות לא הי' מהני השובר נגדם לכך כ' דלא הוי כקביעות זמן וליכא חזקה דתו"ז אבל נגד חדא חזקה בודאי מהני השובר לארועי שטרא ואין כאן ראי' להמשל"מ ואדרבא מוכח מד' הרא"ש להיפוך עכ"ד. והביא ד' הרשב"א בתשובה ח"ג סי' י' שכ' דע"י שובר איתרע הך חזקה דלא פרע בזימנא וכ' דמוכח מהרשב"א והריב"ש שהביא הנ"ת הנ"ל והרא"ש דאף בתו"ז א"י לטעון שטראי דלא כהמשל"מ ואח"כ הביא ראי' דאף בתו"ז א"י לטעון שטראי מב"ב קע"א והאריך בזה יעוש"ה ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ח' שכ' נמי דאין ראי' מד' הרא"ש הנ"ל וא"כ לענין דינא כ' דדין זה הוי ספיקא דדינא . והנה הנתיבות בחידושים בס"ק ט' כ' ואפי' אם אין העדים זוכרים זמן הפרעון שראו וא"י אם הי' קודם זמן השטר או אח"כ מ"מ בטל השטר עכ"ל ובאמת י"ל דזה הוי ס"ס ס' שמא הי' קודם זמן השטר ואפי' אי תימא דהי' לאחר זמן השטר מ"מ י"ל דשמא שטראי הוא ואף דהמשל"מ בפי"ד מהל' מלוה הל' י' ס"ל כהנתיבות מ"מ בפט"ז מהל' מלוה הל' ט' ס"ל דהוי ס"ס וחזר בו ממה שכ' בפי"ד ועי' לעיל בכללי תפיסה בסי' ח' שהעלתי דאי תפס ויש לו ס"ס מהני התפיסה והארכתי בזה יעוש"ה. וכן פי' הנתיבות בדיני תפיסה בסי' כ"ד וא"כ יכול לטעון שטראי כיון דיש ס"ס המסייע אותו ועוד דאף להפוס' דס"ל דבס"ס אין מוציאין ממון וכן הוא דעת המשל"מ בעצמו בפ"ד מהל' מלוה הל' ו' והבאתי דבריהם לעיל בכללי תפיסה שם מ"מ הכא כ"ע מודו דהא אית לי' שטרא וכמ"ש התוס' בפ' חזה"ב ל"ב ב' והרא"ש בפ' הכותב סי' כ"ג והגהות אשר"י שם סי' ד' הטעם דלא הוי מגו להוציא משום דהוי במקום שטרא וה"ה לענין ס"ס וצ"ע בזה :

(ו) **בהג"ה** אבל בפני ע"א כו' עי' בש"ך בס"ק כ"ג שהק' על הרב דהתוס' בפ' הכותב פ"ה ובפ' חזה"ב ל"ד והר"ן בפ' הכותב חולקין על זה וס"ל דאיתרע שטרא כיון שאם הי' מכחיש העד הי' צריך לשבע לא הוי מגו ואיתרע שטרא דהוי משאיל"מ ועוד הק' ד' הרמב"ן אהדדי דבחידושיו בפ' חזה"ב ל"ד מבואר להדיא כד' התוס' שם וכן הק' בתפארת שמואל על הב"י מד' התוס' והרמב"ן והר"ן הנ"ל וכ' על הב"י דלא דק יעוש"ה. וכן ראיתי במהר"ש סי"ף בכתובות . שם בחידושיו על התוס' שכ' וז"ל מוכח מד' התוס' דבע"א לא מצי לטעון שטראי כו'. ותמהני שהפוס' לא זכרו זה ואדרבא כ' בסי' נ"ח דוקא ב' עדים אבל לא בע"א עכ"ל. וכ' הש"ך דאפשר ליישב דהתוס' והר"ן והרמב"ן מיירי לאחר הפרעון דהיינו אי פקח הוא מייתי לי' לידי שבועה דאורייתא כו' ודאה זה דמאי קשיא להו דלמא אבימי לאו פקח הוא בדין זה כו' וכ' אח"כ דאין להקשות ע"ז דהא בשבועה דרבנן ל"א משאל"מ די"ל דהיינו דוקא בעלמא היכא דגוף הטענה טענה מעליותא היא או אפי' היכא שא"כ אלא במגו ועל טענת המגו לא הי' צריך לשבע שבועה חמורה יותר מעכשיו כו' משא"כ הכא שטענת שטראי גרוע הוא ולא מהניא אלא היכא דאית לי' מגו דלהד"ם והכא כיון שהי' צריך לשבע נגד העד שבועה חמורה כעין דאורייתא והשתא א"צ לשבע אלא היסת אזיל לי' מגו ואיתרע לי' שטרא וכיון דתיקון שבועה כעין דאורייתא לכל מילי תקנוה דלהוי כעין דאורייתא עכ"ד. ולכאורה קשה על הש"ך מהא דכ' התוס' ב"ב ע' ב' ד"ה מאן דאמר שכ' וז"ל ואין להקשות לר"ח דאית לי' משאיל"מ אמאי פטרינן להו הא מחוייבין הן שבועה ואין יכולין לשבע עכ"ל והא החזרתי הוי שבועה דרבנן כמו שבועת המשנה והוי אף בטענת השתא שבועה חמורה ואמאי הוי משאיל"מ. וראיתי בהגהות הרש"ש שם שכ' דהתוס' קאי לשיטת ריב"א בב"ק ק"ז א' דמחייב ש"ד בנאנסו אפי' בלא הודאה ולדידי' גם בטוען החזרתי צריך ש"ד כיון דא"כ אלא ע"י מגו דנאנסו לא עדיף מיני' עכ"ד והביא מזה ראי' לדעת הסמ"ע והב"ח שהביא הש"ך לקמן בסי' רל"ו ס"ק ג' ולא כהש"ך שם יעוש"ה ולפ"ד ניחא קושי' הנ"ל. אבל באמת זה דחוק דבקודם לזה ד"ה סוף סוף הביאו התוס' ד' ר"ת דשבועה דהכא מדרבנן והוי כמו שבועת המשנה ובדבור שאחר זה נאמר דקאי לפי' ריב"א זהו דחוק ביותר וצ"ל להש"ך דהתוס' דהכא חולקים וס"ל דבשבועה חמורה הוי משאיל"מ דלא כהתוס' דפ' חזה"ב ועי' בנתה"מ שם שכ' דלא אמרינן גבי החזרתי משאיל"מ הובא בש"ך בסי' רל"ו שם משמע כהש"ך. וא"כ שפיר י"ל דהתוס' דהכא קאי לד' ר"ת דהחזרתי הוי שבועת המשנה וממילא דאין ראי' להסמ"ע והב"ח דסי' רל"ו דלא כהרש"ש הנ"ל. ושוב ראיתי בס' חמדת צבי ב"ב שם ד"ה מאן דאמר שהק' על התוס' דהא כ' התוס' ד"ה סוף דשבועה דהכא הוי מדרבנן וקיי"ל דבשבועה דרבנן ל"א משאיל"מ וע"כ דקושי' התוס' לפי' ריב"א בב"ק ק"ז א' דחייב שבועת שומרין אף בנאנסה גם מוכח מתוס' זה דהשתא דטוען החזרתי נמי חייב ש"ד כו' ודלא כש"ך סי' רל"ו שהשיג שם על הסמ"ע והב"ח כו' עכ"ד יעוש"ה . והיינו כהרש"ש הנ"ל וכבר כתבתי דזהו דחוק דדברי התוס' סתרי אה"ז . ומה שהק' דבשבועה דרבנן ל"א משאיל"מ לק"מ לפמ"ש ליישב ד' הש"ך דהתוס' דהכא ס"ל דבשבועה חמורה הוי משאיל"מ ושפיר י"ל דהתוס' קאי לד' ר"ת דהחזרתי הוי שבועת המשנה ואין ראי' להסמ"ע והב"ח וכמ"ש ודלא כהחמדת צבי והרש"ש הנ"ל. ולפמ"ש התומים בס"ק ח' ליישב קושי' הש"ך הנ"ל דהתוס' והרמב"ן בחידושיו פליגי עם הרמב"ן שבשבעה"ת אי אמרינן בשבועת המשנה משאיל"מ ניחא בפשט דהתוס' דהכא ס"ל כמו בפ' חזה"ב דבשבועת המשנה אמרינן משאיל"מ והחזרתי הוי שבועה חמורה בנק"ח ובטה"מ הנ"ל ס"ל דבשבועת המשנה ל"א משאיל"מ וכן כ' הרשב"א בחידושיו לקידושין מ"ב ב' דבשבועת המשנה ל"א משאיל"מ וכ' שם דאי פקח הוא יכול להביאו לידי ש"ד ויהי' בתר פרעון משאיל"מ והיינו כהש"ך ועי' עוד בתומים בס"ק ט' ובקצה"ח בס"ק ד' ובנתיבות בס"ק י"א ובשעה"מ בס"ק ז' ובמקלוע בתורה בס"ק י"ג ובבית יהודא ובס' ישועות ישראל בס"ק י' מ"ש על ד' הרשב"א והש"ך והאריכו בזה יעוש"ה. והעיקר בקושי' הש"ך הנ"ל מד' התוס' והר"ן והרמב"ן בחידושיו כמו שתי' בקצה"ח בס"ק הנ"ל ד' הרמב"ן דזה תליא בין תי' ר"י לתי' ריב"ם בפ' חזה"ב שם גבי נסבא דר"א דלתי' ר"י דלא הוי מגו להכחיש העד ולשבע נגדו. וא"כ אפי' בשבועת המשנה נמי הוי משאיל"מ כיון דא"כ לטעון שטראי אלא במגו וכיון דצריך לשבע נגד העד א"כ אינו מעיז להכחישו ולשבע נגדו כו'. וא"כ ניחא ד' הרמב"ן דמתחלה הביא שם תי' ר"י וא"כ מקשה עלה מהא דאבימי כו' והיינו לתי' ר"י כיון דלא

הוי מגו להכחיש את העד. א"כ מה לי שבועת המשנה או שבועת התורה ומש"ה כ' ואיכא למידק עלה כו' ומוקי לה בתר דתיקון רבנן שבועת היסת. אבל לתי' ריב"ש א"כ מגו הוי אלא משום דהוי משואיל"מ וא"כ בשבועת המשנה לא שייכא ולא קשה מעובדא דאבימי והרמב"ן כתי' ריב"ש ומש"ה כ' הבעה"ת בשמו דבע"א לא איתרע שטרא עכ"ד. וא"כ ל"ק נמי מד' התוס' והר"ן דהתוס' בפ' חזה"ב שם הק' מעובדא דאבימי לתי' ר"י וכן בכתובות קאי התוס' לד' ר"י דהא בשבועות ל"ב ב' לא הביאו התוס' רק תי' ר"י. וכן הר"ן הנ"ל נמי קאי לתי' ר"י דהר"ן ס"ל כתי' ר"י כדמוכח בדבריו בעובדא דבקרא דהק' דילטרך לשבע להכחיש בקרא ואמאי לא הק' הר"ן בחזקה יותר דאמאי נאמן לטעון מחיים תפיסנא במגו דלקוח הא אם יטעון לקוח ילטרך לשבע נגד הבקרא והוי משואיל"מ אע"כ כיון דגם עתה מכחיש להבקרא עדיף והיינו כהש"ך בסי' נ"א ס"ק א' שכ' דהיכא דהעד אומר דלאו דידי' הטף נשבע להכחיש את העד והיינו כתי' ר"י דדין זה תליא בין תי' ר"י לתי' ריב"ש וכמ"ש הקצה"ח בס"ק הנ"ל וכ"כ הריב"ש בהדיא בסי' של"ב דדין זה תליא בין תי' ר"י לתי' ריב"ש יעוש"ה. וא"כ מוכח דהר"ן ס"ל כתי' ר"י. וכן כ' בגליון ש"ע מהגאון רע"א בסי' נ"א ס"ק א' להוכיח מד' הר"ן אלו דס"ל כתי' ר"י ומש"ה כ' התוס' והר"ן הנ"ל דעובדא דאבימי מיירי לאחר שנתקנה שבועת היסת. אבל לתי' ריב"ש הנ"ל לק"מ מעובדא דאבימי. והרמ"א ס"ל דהעיקר כתי' הריב"ש הנ"ל ומש"ה ס"ל דבע"א לא איתרע שטרא והש"ך קאי בשיטת ר"י וכדמוכח מהא דסי' נ"א הנ"ל וכ"כ התומים בס"ק א' דהש"ך קאי בשיטת ר"י ועי' לקמן בש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ג וכן ראיתי בס' משנת דר"א במהדוקו"ב שכ"כ ליישב ד' התוס' והר"ן הנ"ל. וא"כ לפ"ד הרמ"א דס"ל דבע"א לא איתרע שטרא והיינו משום דס"ל כתי' הריב"ש הנ"ל. א"כ היכא דע"א אומר דלאו דידי' הטף הוי משואיל"מ להרמ"א ודלא כהש"ך דסי' נ"א הנ"ל אלא כהסמ"ע והתומים שם בס"ק א' כיון דס"ל כתי' הריב"ש ודין זה דלאו דידי' הטף תליא בין ב' תי' הנ"ל וכמ"ש. וראיתי בברית אברהם חחו"מ סי' ב' בהג"ה שהק' על הסמ"ע דסי' נ"א מד' הר"ן בשם הרשב"א בפ' שבועות העדות ל"ב שהוכיח דבמשואיל"מ א"י התובע לשבע מהא דקאמר הכל מודים בנסכא לימא העד מי יימר דמשתבע כו' ולפ"ד הסמ"ע נסתר ראייתם דמסכת שהעד מעיד שהנסכא של התובע והוי משואיל"מ ובכה"ג א"י התובע לשבע דהעד המסייע פוטרו משבועה ובזה ל"ש לומר דאין ע"א עושה שתי פעולות דהא הוי ב' עדיות דבזה שמעיד שהטף מחייב לחבירו ובזה שמעיד שהנסכא של התובע פוטרו מהשבועה וע"כ דבכה"ג לא הוי משואיל"מ כו' והוכיח הרשב"א והר"ן שפיר עכ"ד יעוש"ה ולפמ"ש אין ראי' דהר"ן ס"ל כתי' ר"י גבי בקרא הנ"ל וא"כ ס"ל כהש"ך ולא כהסמ"ע הנ"ל. וכן הרשב"א בתולדות אדם סי' שפ"ז כ' כהש"ך ועי' בס' ישועות ישראל בסי' נ"א ס"ק א' שהביא ד' הרשב"א אלו ומה שכ' בזה ומש"ה הוכיחו שפיר דבמשואיל"מ א"י התובע לשבע. אבל לפ"ד הריב"ש הנ"ל לפי' תי' הריב"ש אף בטוען דלאו דידי' הטף הוי משואיל"מ וכהסמ"ע והתומים הנ"ל ואין כאן ע"מ להאריך בזה. אבל קושי' הש"ך הנ"ל שפיר מיושב עפ"ד הקצה"ח הנ"ל וכמ"ש ועי' בשערי בינה שער כ' דין כ"א אות א' מ"ש והאריך הרבה בזה יעוש"ה. ובאמת יש להבין בעיקר קושי' התוס' והר"ן והרמב"ן הנ"ל מעובדא דאבימי דהא שם הי' המעשה ע"י קרוב דאבימי ברי' דר' אבהו שלח ע"י חמא ברי' דרבא בר אבהו והי' אבימי דודו של חמא השליח ואיך שייך שם שבועה למלוה ע"י שליח שהוא פסול לעדות ללוה וכן ראיתי במשנת דר"א שהק' כן ול"ל דזהו ר' אבהו אחר וכמבואר במבוא התלמוד דהאי ר' אבהו הוי ועי' בבאר שבע בסוטה ל"ח א' שכ' דתלתא ר' אבהו הוי וא"כ י"ל דאבימי לא הי' דודו של חמא ובפרט לפי הגירסא שלנו חמא ברי' דרבא בר אבהו ולא בר ר' אבהו י"ל דאבהו לחוד ור' אבהו לחוד ומקשו התוס' והר"ן והרמב"ן הנ"ל שפיר:

סעיף ד' (ז) **הרשות** ביד המלוה לומר מחוב פ' לקחתי קשה לי מלעיל סי' א' סעי' ב' דשבת וריפוי מגבין ונזק ולער אין מגבין והוא דעת הרמב"ם והא אף בנזק ולער נמי מהני תפיסה וכמ"ש המחבר שם בסעי' ה' וא"כ כשגובה השבת והריפוי מהחובל יכול לומר שתפס בשביל הנזק והלער וכמ"ש המחבר כאן וא"כ גובה ממנו הריפוי והשבת וא"כ מאי נפ"מ בין ריפוי ושבת לנזק ולער וכן קשה גבי כפל וד' וה' דמהני נמי תפיסה וכמ"ש הסמ"ע שם ס"ק י"ח והא יכול לתפוס על הכפל וא"כ גובה ממנו הקרן. ושוב מצאתי בחידושי הרי"מ בס"ק א' שהק' קושי' זו. ונ"ל ליישב דאי כשתפס שלא בעדים הא יש לו מגו דלא תפסתי ובודאי איהו דאפסיד אנפשי' דהניחו לתפוס ולא שמרו כראוי א"ו דהקושי' היא רק כשאין לו מגו כגון שתפס בעדים וכיון דאיכא עדים ואין לו מגו הוי הדין כמו שמבואר כאן בסעי' ב' דהיכא דנתנו לו בפני עדים א"י לטעון סטראי וה"כ כן הוא דא"י לטעון סטראי דעל נזק ולער קבלם ול"ד לכאן שכ' המחבר דהרשות ביד המלוה לומר מחוב פ' לקחתי. דהכא מיירי דהב' חובות שווים שניהם בעל פה או שניהם בשטר רק שבאחד הוא בטוח יותר מש"ה יכול לומר דקבל על חוב אחר שאינו בטוח בו כ"כ. אבל גבי נזק ולער הוי כמו בסעיף ב' דהא כ' הרא"ש דחזקה לא שביק איניש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ אלא היכא דאית לו מגו מהימן והיכא דנתנו לו בפני עדים דליכא מגו לא מהימן לטעון סטראי משום דודאי לא שביק מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ וה"כ לא שביק חוב שיכול לגבות בב"ד שלא ע"י תפיסה ופרע חוב שא"י לגבות אלא ע"י תפיסה וכיון דאיכא עדים דתפס ואין לו מגו א"י לטעון סטראי דעל נזק ולער קבלו. ואף הבעה"ת מודה כאן לסברת הרא"ש דהתם שניהם הן מן הדין ויכול לגבות בב"ד אפשר דפרע ומש"ה כ' הבעה"ת טעם אחר. אבל גבי נזק ולער שא"י לגבות בב"ד אלא ע"י תפיסה ודאי לא שביק איניש חוב שיכול לגובתן בב"ד ויפרע לו חוב שא"י לגבות בב"ד אלא ע"י תפיסה ומש"ה א"י לטעון סטראי דעל נזק ולער קבלו ושפיר ד' המחבר ולק"מ קושי' החידושי הרי"מ הנ"ל ועי' במקלט בתורה בס"ק ט"ו מ"ש והאריך בזה:

סימן נט

סעיף א (א) **אינו** גובה בו. הטעם כיון דהלוה טוען ברי והמלוה טוען שמא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף. ובקצה"ח בס"ק א' הביא ראי' לזה מכתובות פ"ז ב' גבי פוגמת כו' וכן הביא ראי' זו במקלט בתורה בס"ק א' ועי' בדברי משפט בס"ק א' ובבית יהודא ובס' נחל יצחק בס"ק א' מה שהשיגו על הקצה"ח ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהביא ראי' לדין זה מד' הרי"ף בפ' הכותב גבי מוכר שט"ח וחזר ומחלו כו' יעוש"ה. ובס"ק ב' כ' הקצה"ח וז"ל מעשה בא לידי בלוה שטוען יש לי בידך כנגדו והמלוה טוען א"י כו' אבל טענת יש לי בידך כנגדו לאו טענה היא כלל מצד עצמה כו' דהא בטענת יש לי בידך כנגדו לא נפטר מחובו אלא זה גובה וזה גובה וכיון דעדיין לא נפטר מחובו הזקת ממון דלוה לא שייך הכא דאכתי חייב הוא אלא שהוא בא לתבוע את המלוה חוב אחר והדרא לכללא דא"י א"נ פטור עכ"ד. ובנתיבות בס"ק א' פסק נמי כן והסכים להקצה"ח דהוי דין דזה גובה וז"ג וכ' דזה פשוט. וכן פ' בחידושים אות א' וכן פ' בתשובות ושב הכהן סי' ס"ז הובא דבריו בפ"ת בס"ק ג' ובאמת הנתיבות סותר ד"ע ממ"ש לקמן בסי' ע"ה ס"ק ה' על מ"ש הש"ך שם בס' פרעון קודם הלואה דאם המלוה ג"כ מסופק דאינו גובה והק' עליו הקצה"ח כיון דזה גובה וז"ג כו' הוי המלוה כא"י א"נ וכמ"ש כאן הקצה"ח. ועי"ז השיג עליו הנתיבות וכ' דכיון דהלוה טוען יש לי בידך כנגדו עושה לפרעון ואינו בכלל ז"ג וז"ג עכ"ד. וכ"כ הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ז גבי משכון דחשיב פרעון והשיג על הקצה"ח שם. הרי שכ' בהדיא דעושה זאת לפרעון ואינו בכלל

דז"ג

דז"ג וז"ג וכאן כ' דהוי בדין ז"ג וז"ג ועי' בנתיבות בסי' כ"ד ס"ק א' שכ' נמי כמ"ש כאן דהוי בדין דז"ג וז"ג וסותר ד"ע מהא דסי' ע"ב וסי' ע"ה הנ"ל. ועי' במשובב נתיבות בסי' ע"ה שם מ"ש בזה. וכיון דהש"ך כ' בסי' ע"ה ס"ק כ"ז דהוי א"י א"פ מוכח דלא הוי בדין ז"ג וז"ג וכמ"ש הנתיבות שם. וא"כ ממילא כאן א"ג בשטרו דחשיב פרעון וכאן שהוא טוען טענת ה' אינו גובה. וכן ראיתי בבית יהודא ובנחל יצחק שכ' דהנתיבות סותר ד"ע מהא דסי' ע"ה הנ"ל ופי' דהלוה פטור כהנתיבות דסי' ע"ה הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה. והיינו כמ"ש. ועי' בדברי משפט שהשיג על הקצה"ח מד' הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ע"ט דמבואר דהיכא דליכא נפקותא בין בינונית לזבורית אינו בדין ז"ג וז"ג ויכול לשבע דאינו חייב לו כלום כיון דיודע שחייב לו התובע והביא ד' המח"א שכ' כן. ואח"כ הביא ד' הריב"ש בסי' של"ו וד' הרא"ש בתשובה כלל ס"ח סי' ג' והאריך בזה וסיים בצ"ע. ועוד אפי' אי נימא כהקצה"ח הנ"ל דלא חשיב פרעון והוי המלוה א"י א"כ מ"מ פטור הלוה. דהא בא"י א"נ מהני תפיסה לדעת הפוס' דס"ל דהיכא דחייב לצ"ש מהני תפיסה. עי' במשל"מ בפכ"א מהל' מלוה הל' א' ובתומים בסי' כ"ח ס"ק ד' ובשעה"מ בפ"ד מהל' עבדים הל' ז' ובמח"א בדיני רבית בסי' ע"ו יעוש"ה. וא"כ ה"ה בא"י א"נ כיון דחייב לצ"ש וכמבואר בסוף ב"ק ק"ח א' מהני תפיסה לפוס' הנ"ל. וכן משמע מד' השימקו"ב בשם הרא"ש בב"מ צ"ח ב' ד"ה ביום שכ' ליישב קושי' התוס' שם דלרב ושמואל דצ"ל משאיל"מ והא מודה מקצת נאמן במגו דאי בעי הי' אומר א"י שהוא סובר אם הי' טוען א"י אם יתפוס התובע משלו לא יהא יכול להוציא מידו בטענת ספק עכ"ד. ומשמע דס"ל להרא"ש דמהני תפיסה בא"י א"נ וכיון דהלוה טוען ברי יש לי בידך כנגדו והוא תפוס ועומד ואף דיש לשכנגדו שטר מ"מ הא דעת התומים בקיצור ת"כ בסי' ק"ל דמקרי מוחזק. ואף לדעת הת"כ בסי' ק"ל דס"ל דלא מקרי מוחזק נגד השטר מ"מ בטוען ברי אף הש"ך מודה דמקרי מוחזק וכמ"ש הנו"ב מהדו"ק חחו"מ סי' ה' כן בדעת הש"ך. ועי"ש שהעלה דבעל השטר לא נקרא מוציא וגם הלוה לא נקרא מוציא והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בנתיבות בכללי תפיסה בסי' י"ד מ"ש בזה ואכ"מ להאריך בזה; וא"כ שפיר מועיל תפיסת הלוה וא"צ לשלם לו השטר כיון שטוען ברי. והקצה"ח הנ"ל אזיל לשיטתי' בסי' כ"ח ס"ק א' דס"ל דבלצ"ש לא מהני תפיסה וכן ס"ל להש"ך שם בס"ק ב' ובסי' ע"ה ס"ק כ"ו דלא מהני תפיסה. ומש"ה ס"ל להקצה"ח דחייב הלוה לשלם השטר דהוי המלוה א"י א"נ. וכן ס"ל להנתיבות בסי' כ"ח ס"ק א' כהש"ך שם ומש"ה הסכים כאן להקצה"ח. אבל לד' הרא"ש הנ"ל פטור הלוה. וראיתי בס' עטרת חכמים חחו"מ סי' י' שכ' דאף להפוס' דס"ל דבלצ"ש מהני תפיסה. מ"מ בא"י א"נ לא מהני תפיסה יעוש"ה. ומד' הרא"ש הנ"ל משמע דס"ל דמהני תפיסה היפוך מדבריו. וצ"ל דס"ל לעטרת חכמים דכונת הרא"ש דהלוה סובר כן דמהני תפיסת המלוה ומש"ה אין לו מגו להלוה. אבל האמת אינו כן. דלא מהני תפיסת המלוה כן ס"ל להעטרת חכמים הנ"ל בדעת הרא"ש. אבל בהאמת פשט ד' הרא"ש הנ"ל משמע דס"ל דמהני תפיסה בא"י א"נ ודלא כהעטרת חכמים הנ"ל. ועי' בשעהמ"ש בסי' מ"ט ס"ק ג' ובבית שמואל אחרון חה"מ סי' י' מ"ש בזה. ועי' לעיל בסי' י"ז ס"ק ז' מה שכתבתי בזה יעוש"ה. וכן ראיתי בס' ישועות ישראל בס"ק א' שכ' דלדעת הפוס' דמהני תפיסה בא"י א"נ פטור הלוה כיון שהוא תפוס ועומד ופי' כן להלכה. אך כ' דדוקא בהוה לי' למידע אבל היכא דלא הו"ל למידע חייב הלוה עכ"ד. וכ"נ עיקר לדינא דפטור הלוה וכהש"ך והנתיבות בסי' ע"ה ובסי' ע"ב והבית יהודא והנחל יצחק והישועות ישראל הנ"ל ועי' בס' שמן רוקח ח"ב בביאורי לח"מ סי' כ"ח מ"ש בזה יעוש"ה. ואינו כעת ת"י. עוד ראיתי בנחל יצחק שהק' על הש"ך והנתיבות דסי' ע"ה הנ"ל מלקמן סי' של"ז סעי' י' דפועל העושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר וזהו בעיא דלא איפשטא ואם אכל לא מפקינן מיני' ולא מנכינן משכרו וכמבואר ברא"ש בב"מ פ"ז סי' י'. ואי נימא כהש"ך דאם נולד להם איזה ס' בחוב אחר אינו גובה את החוב הברור. א"כ ה"ה הכא מה"ט לא ינכה השכירות כיון דמסופקים אם חייב להחזיר אכילת הגפן האחר עכקוש"י. והאריך בזה ובאמת לק"מ. דעד כאן לא כ' הש"ך אלא היכא שהנפקד טוען ברי רק שהמפקיד טוען שמא ואמרינן כיון דודאי נתחייב לו וס' בחזרה והמלוה טוען ברי שהוא חייב לו כיון שאומר שהפקדון לא שוה רק כ' הרי ודאי נתחייב. בזה כ' הש"ך אף דהוי ס' פרעון קודם הלואה מ"מ הוי א"י אם פרעתיך. אבל אם המלוה נמי טוען שמא על הפקדון הוה כמו שטענו שניהם ס' על הפרעון שכ' הש"ך בסי' ע"ה ס"ק ס"ה דפטור בד"א רק לצ"ש כ' בשם מהרשד"ם דחייב אבל בד"א פטור. וה"נ הוי כמו שטענו שניהם ס' כיון דזה הוי פרעון להש"ך וכיון דהנפקד נמי א"י פטור המפקיד. וא"כ בסי' של"ז כיון דהוי ספיקא דדינא ושניהם טוענים ס' אף הש"ך מודה דפטור ולק"מ על הש"ך. ואכ"ע מקום להאריך בזה. ועי' בנחל יצחק בסי' ע"ה ס"ק ו' מ"ש והאריך בזה ועי' עוד בנתיבות מ"ש לענין אם מלוה טוען א"י והלוה מת ועי' בדברי משפט מה שהשיג עליו והאריך בזה:

סימן ס

סעיף א (א) **או** נתן. באורים בס"ק ו' הביא בשם מהרי"ט להלכה דדוקא במתנת ברי אבל במתנת שכ"מ כיורש הוי' רבנן ואפי' מלוה ע"פ בלי שעבוד מא"ק גובה מהם עכ"ד. והנה התומים סותר ד"ע דבסי' ק"ז ס"ק ה' הביא פלוגתא דרבוותא אי במתנת שכ"מ גובים מטלטלין שנתן להם אי הוי כירושה או לאו כו' וסיים בסוף דבריו דהוי ספיקא דדינא ואינו גובה מהם כיון דהם מוחזקים יעוש"ה. והכא פ' דגובה מהם דכיורש הוי' רבנן. ועוד משמע מסתימת דבריו כאן דבכל מילי הוי כיורש אף לענין דאקני דכיורש לא בעינן דאקני וכמבואר לקמן בסי' ק"ז סעי' א' ובסי' קי"ב סעי' ה'. וה"ה במתנת שכ"מ. ובאמת כ' התומים לקמן בסי' קי"א ס"ק י' כהב"ח דבמתנת שכ"מ בעי דאקני. וכן פ' באורים שם בס"ק ל"ד כהב"ח וכן הנתיבות כאן בחידושים בס"ק ד' כ' כהאורים ובסי' קי"א ס"ק א' כ' כהתומים דבעינן דאקני במתנת שכ"מ. ומד' הרשב"ם ב"ב קנ"ח א' ד"ה אם מוכח דלא כהב"ח והתומים והנתיבות יעוש"ה. ומיושב בזה קושי' הגאון רע"א בגליון הש"ס שם שהק' אמאי דכ' רשב"ם דבמתנת שכ"מ כיורש הוי' רבנן ומקרקעי דיתמי משתעבדי לבע"ח הא הכא מיירי בשט"ח כדקתני יצא עליו שט"ח ובשט"ח אף במתנת בריא גובה ממנו עכקוש"י. ולפי הנ"ל ניחא דהרשב"ם סובר דלא כהב"ח והתומים והנתיבות דבמתנת שכ"מ לא בעי דאקני והכא קתני סתמא ומשמע דאף בנכסים שקנה לאחר שהלוהו נמי גובה וקשי' לרשב"ם אמאי גובה הא בעינן דאקני. ומש"ה כ' דכיורש הוי' רבנן וביורש לא בעינן דאקני ה"נ במתנת שכ"מ לא בעינן דאקני. אבל במתנת בריא אף בשט"ח א"נ כיון דבעינן דאקני ואף דאחריות ט"ס הוא י"ל דהרשב"ם ס"ל דבדאקני לא אמרינן ט"ס הוא וכסי"א שהביא רמ"א לקמן בסי' קי"ב סעי' א'. ועי' בש"ך שם ס"ק א' ובתומים ובקצה"ח ובנתיבות שם מ"ש בזה. או י"ל דהברייתא איירי שכ' בו אחריות מפורש ולא כ' בו דאקני דבכה"ג לכ"ע ל"א אחריות ט"ס הוא וכמ"ש הסמ"ע כאן בס"ק א'. ומיושב קושי' הגאון רע"א הנ"ל וא"כ נ"ל דהוי ספיקא דדינא אי בעינן דאקני במתנת שכ"מ כיון דהרשב"ם ס"ל דבעי דאקני. ועי' באה"ע סי' נ"ג סעי' כ' אי במתנת שכ"מ ניזונית מהם. ובסי' ק' שם סעי' א' גבי כתובה כ' המחבר אם נתנם במתנת בריא משמע אבל במתנת שכ"מ גובה מהם ובסי' נ"ג הביא מחלוקת ועי' בב"ש ס"ק ה' שכ' דיש לחלק. מיהו לענין דינא כ' שם ובסי' נ"ג דגובה כתובה וכן ניזונית ממתנת שכ"מ דכיורש הוי'

הוי רבנן יעוש"ה. ועי' לקמן בסי' רנ"ב בטור ובד' המחבר שם. וראיתי בכנה"ג בחה"ע סי' ק' בהגהות הטור אות ע"ז שהק' דלמה לא ביארו הטור והמחבר דמפני תקנת השוק אין מוציאין בין הכי ובין הכי עכקוש"י. ולפמ"ש האורים בשם מהרי"ט הנ"ל לק"מ דמתנת שכ"מ כירשה הוי רבנן ולא עשו בזה תקנת השוק ולא בעינן כתיבת מא"ק דומיא דירשה. ועי' עוד בכנה"ג שם בסי' ל"ג בהגהות הטור אות נ"א ובבית מאיר שם מ"ש בזה ולכן נ"ל דדין זה הוא פלוגתא דרבוותא ותליא בדין זה דאה"ע סי' ל"ג וסי' ק' דלהב"ש גובה ולהתומים בסי' ק"ז דמסיק דהוי ספיקא דדינא אינו גובה כאן ול"ע בדין זה:

סעיף ב (ב) **לא** נשתעבד להרמב"ם. עי' בשעה"מ בפי"א מהל' מכירה הל' י"ו שהק' על הר"ן בפ' י' יוחסין שהביא ראי' דלא כהרמב"ם מהא דאמרינן ולר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע יכיר ל"ל והא הוי דבר שאינו קצוב. ממ"ש הרשב"א כו' דאם אמר הריני מתחייב עצמי בקנין לתת בכל שנה פירות היוצאים בשדה וכיו"ב ה"ז כקוצץ וחייב ומאי קי"ל להר"ן ה"נ כיון דמה שנותנו לו היינו פי שנים שיפלו לו אח"כ א"כ ה"ל דבר קצוב. וכ' דהר"ן חולק על הרשב"א יעוש"ה. ולפ"ד ל"ק קושי' הש"ך בס"ק י"א על הרמ"א מד' הרשב"א די"ל דהרמ"א ס"ל כהר"ן הנ"ל. עוד הק' שם על המהרח"ש בתשובה שהביא המשפט לדק שהק' על תשובות הרשב"א הנ"ל ממ"ש הרמב"ן בתשובה שהביא הבעה"ת שער ס"ד הובא בב"י דהאומר לחבירו מדת כו"כ חטים אני נותן לך בכל שנה ושנה דבר שאינו קצוב הוא שמא יוקרו החטים. הרי אע"ג דקוצץ המדות כ' הרמב"ן דהוי דבר שאינו קצוב. ותי' דשאני בנדון דהרמב"ן דנתחייב במנין קצוב כו' אבל בנדון הרשב"א שלא אמר לו אלא מעשר היוצא דבר קצוב מקרי דהמעשר נוטל בין יוצא הרבה בין יוצא קימעא. והק' עליו דהא הרמב"ן הביא ד' הר"ן הנ"ל דמהא דיכיר מוכח דלא כהרמב"ם והשתא אי ס"ל להרמב"ן כהרשב"א מאי ק"ל שאני הכא דכיון דמה שנותן לו מנכסיו היינו פי שנים ה"ל דבר קצוב עכקוש"י והניח בצ"ע. ובאמת קושי' זו ל"ק אלא על המהרח"ש אבל לפמ"ש התומים בס"ק ד' דיש לחלק בין אם מתחייב ליתן דמי הפירות שיעלו בשדה זו בשנה זו מקרי דבר שאינו קצוב אבל אם אמר גוף הפירות של שדה זו שיעלה אני נותן ולא דמיהן רק מה שיגדלו עלי לתת לך אם רב ואם מעט הוי דבר קצוב. ומיישב בזה ד' הרמב"ן שלא יחלוק על הרשב"א דהתם מתחייב לקנות מנכסיו ה"ל דבר שאינו קצוב עכ"ד. וא"כ אין כאן קושי' מד' הרמב"ן גבי יכיר דפי שנים בנכסיו הוה כמו דמי הפירות כי אין יודעים כמה נכסיו יהי' לו ולק"מ קושי' השעה"מ הנ"ל:

סעיף ג (ג) **בהג"ה** כל זמן שצריך משמע. בנתיבות בס"ק ח' כ' דהא דאמרינן בנדרים ונזיר הסברא דמעייל איניש נפשי' לספיקא הוא נזיר ודאי וכן בנדרים הוא ודאי ולוקין עליו והביא ראי' מהא דאמרינן הקדיש חיתו או בהמתו הקדיש את הכוי דאלו הוי ספק לא הוי הכוי הקדש דהא הממע"ה דבהקדש ג"כ אמרינן הממע"ה וכמבואר ג"כ לקמן גבי שכ"מ שהקדיש. אלא ע"כ דכל שהוא מטעם דמכניס איניש נפשי' לספיקא הוא מטעם ודאי עכ"ד : ודבריו תמוהים דהא כ' הרמב"ם בפ"ה מהל' נדרים הל' ט"ז גבי גידולי קרקע דאסור מספיקא יעוש"ה. ולדבריו אמאי אינו לוקה א"ו דהא דאמרינן מכניס איניש נפשי' לספיקא אינו אלא ספק דדעתי' דאיניש בכל מה שיפרשו חכמים את לישני' ואף דאינו אלא ספיקא אסור דהרי מצינו דחייבה תורה אשם תלוי על הס' וה"נ אסור מספיקא. ומה שהביא ראי' מהקדיש חיתו או בהמתו אינו ראי' דהתם כיון שהקדיש ועביד מעשה לא אוקמינן אחזקת מרא קמא וכמו שכ' הר"ן בפ"ק דקידושין ה' ב' גבי קידושין דנתן הוא ואמרה היא. ועי' בס' הפלאות נדרים בנדרים ז' ב' ד"ה לית דחש כו' מה שהשיג על הנתיבות ועי' במקור חיים בסוף הס' בהגהות על המג"א בסי' תקס"ב מה שכתב והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ו (ד) **המחייב** עצמו בדבר שלבל"ע כו'. בתומים בס"ק י' ובנתיבות בס"ק י' הביאו משם הכנה"ג דאם מת הנותן קודם שבא לעולם לכ"ע היורשים פטורים אך אם התחייב עצמו בדבר ידוע שאינו שלו ואמר אם לא אתן לך דבר פלוני הנני מתחייב לך בדמים כך וכך הוי רק כתולה תנאי בדבר שלבל"ע. בזה כ' התומים והנתיבות דיורשים חייבים. ולכאורה קשה על הנתיבות דהא מבואר לקמן בסי' של"ב סעי' ד' בהגה"ה ב"ה שסכר פועלים ואמר לי' ליתן לו הפך בשכרו יכול ליתן לו אח"כ דמיו הואיל ולא משך הספן לא קנאו. והוא מד' התוס' והרא"ש בפ' בתרא דע"ז. וכ' שם הנתיבות בס"ק ה' דדינו כאפותיקי מפורש שאף שיכול לסלק בדמים אם נשרף פטור מליתן דמים אחרים. וא"כ ה"נ אם התחייב לו מנה ועשה לו הפירות דקל אפותיקי לכשיוצא ומת קודם שבא הפירות לעולם והאי דחייבים היורשים לשלם לו הדמים או ליתן לו הפירות דקל דהא מיד נתחייב לו מנה וא"י לחזור אף קודם שבא הפירות לעולם רק מהאפותיקי יכול לחזור בו. וה"נ עיקר חיובו אינו אלא מעות והפירות לא הוי אלא אפותיקי. וא"כ אם מת נתחייבו היתומים לשלם. אבל באמת לק"מ דהנתיבות בסי' ר"ג בס"ק ז' הביא בשם המח"א בהל' דשלבל"ע בסי' ד' דאם משך את הספן והוא התחייב ליתן לו כור חיטים חייב ליתן לו חיטים דוקא ואף שהוא דשלב"ע דחיוב מהני אף בדשלבל"ע ושכר פעולה הוי נתינת מעות. והק' הנתיבות עליו מסי' של"ב הנ"ל דאמאי יכול ליתן לו דמים הא חייבים במי שפרע דשכר הפעולה הוי כנתינת מעות. ותי' דודאי אם אמר לי' עשה עמי ויהי' הפך זה שלך ודאי דהשיב כנתינת מעות וחייב לקבל מי שפרע. אבל אם אמר לי' עשה עמי כפועל ואתן לך הפך זה בשכרך דאתן לאו קנין הוא עכ"ד יעוש"ה. הרי מבואר מד' המח"א והנתיבות דהיכא דמשך הספן והתחייב ליתן לו פירות אף שלא באו לעולם אינו יכול ליתן לו דמים וכן פי' הנתיבות שם בחידושים בס"ק י"ג. ועי' במח"א שם שהביא ראי' לזה מד' הנ"י בפ' הזהב מ"ה ב' גבי תני הזהב מחייב כו'. ועי' בנתיבות שם בס"ק ו' מ"ש בזה. וא"כ לק"מ על התומים והנתיבות הנ"ל דהכא מיירי כשמשך מטלטלין והתחייב לו בפירות דקל מחויב ליתן לו הפירות דקל דוקא וא"י ליתן לו מעות ומש"ה היורשים פטורים ועי' בקצה"ח בסי' ר"ג ובסי' של"ב מ"ש בזה. ועי' בס' מקצוע בתורה בס"ק י"ב מ"ש על התומים הנ"ל יעוש"ה:

(ה) **אבל** בלשון חיוב כו' חייב. בקצה"ח בס"ק ג' הביא קושי' בשם ב"ש מקידושין ע"ח ב' ל"ל בנכסים שנפלו לו לאחר מכן והא חיוב מהני אף בדשלבל"ע. ותי' דזה אינו רק מדרבנן והכא אקרא דיכיר קאי עכ"ד. ובנתיבות בס"ק י"ב השיג עליו דאי שעבודא ל"ד כל השעבוד נכסי דרבנן ואינו גובה כלל מן היורשים ואי ש"ד אפי' דאקני דאורייתא דלא בשעבודא דידי' תליא רק רחמנא שעבדי' דהא מוהוא יוליא אליך נפקא כו'. וכ"כ התומים בסי' ק"ד עכ"ד. ולא ידענא מאי קשי' לי' הא כ' הרשב"ם ב"ב קנ"ז א' והנ"י שם דשעבוד דאקני אינו אלא מדרבנן כדי שלא תנעול דלת בפני לוין יעוש"ה. ומ"ש וכ"כ התומים בסי' ק"ד עיינתי שם בתומים בס"ק ז' שכ' בהדיא דהוא מחלוקת לענין דאקני או הוה דאורייתא או לאו והביא שם ד' הרשב"ם הנ"ל שכ' דדאקני לא הוי אלא מדרבנן. שוב התבוננתי דדברי הנתיבות נכונים ואין ראי' מד' הרשב"ם והנ"י הנ"ל דהתם קאי אליבא דשמואל ושמואל ס"ל בסוף ב"ב קע"ה ב' דשעבודא ל"ד אבל למ"ד ש"ד שפיר י"ל כמ"ש הנתיבות דהא מיוליא אליך את העבוט נפקא ושם שלא בשעת הלואה מיירי. וכן משמע מד' התומים בסי' ק"ד שם דזהו דוקא למ"ד שעבודא ל"ד אבל למ"ד ש"ד שפיר גובה מדאקני והכא ע"כ מיירי למ"ד ש"ד דלמ"ד שעבודא ל"ד לא הי' גובה מהיורשים כלל וכמ"ש הנתיבות. ולמ"ד ש"ד שפיר השיג על הקצה"ח. ומ"מ אינו קושי' כל כך על הקצה"ח דס"ל דאף דהאי קרא מיירי אף שלא

בשעת

בשעת הלואה מ"מ היינו דוקא בנכסים שהי' לו בשעת הלואה אבל דאקני לא הוה אלא מדרבנן משום נעילת דלת ושפיר תי' הקצה"ח על קושי' הב"ש הנ"ל. שוב ראיתי במשובב נתיבות כאן ובקצה"ח בסי' קי"ב ס"ק א' שכ' הוא בעצמו ליישב קושי' הנתיבות כמ"ש. אבל מ"מ העיקר כהנתיבות דלמ"ד ש"ד אף דאקני הוי דאורייתא וכן מבואר בחידושי הריטב"א בקידושין י"ג ב' דלמ"ד ש"ד אף נכסים שיקנה הוי דאורייתא יעוש"ה. והיינו כהנתיבות וכ"כ בס' ישועות ישראל בס"ק י' כהנתיבות והשיג על הקצה"ח דסי' קי"ב הנ"ל והאריך בזה ועי' בדברי משפט בסי' קי"א ס"ק ד' מ"ש בזה. ועי' בדברי חיים בדיני ג"מ וג"ח סי' ט"ז שכ' דדאקני הוי דאורייתא והשיג על הקצה"ח דסי' קי"ב והביא ד' הריטב"א דקידושין הנ"ל וגם הביא ד' השעה"מ שער ס"ד דס"ל דשעבוד דאקני הוי ד"ת והאריך בזה. ועי' במח"א הל' גביית חוב סי' א' שכ' דלדעת הרמב"ן הוי דאקני ד"ת. ובד' הנתיבות הנ"ל יש ליישב ד' הרמב"ם אמאי לא הזכיר דין דאקני ועי' בביאורי הגר"א בסי' קט"ו ס"ק ד' מ"ש בזה. ולפ"ד הנתיבות הנ"ל ניחא דשואל דקאמבעיא לי' אי דאקני משתעבד אזיל לטעמי' דס"ל שעבודא לאו דאורייתא רק דמלוה בשטר גובה מן הלקוחות משום נעילת דלת לזה י"ל דבדאקני כיון דלא סמיך עלי' שהרי לא הי' בשעת הלואה לא שייך נעילת דלת רק עיקר השעבוד בשעת הלואה שישעבדו בפירוש קמבעיא לשואל אי דאקני משתעבד ומסיק דדאקני משתעבד דאף בזה עשו משום נעילת דלת וכמ"ש הרשב"ם והנ"י הנ"ל. אבל למאי דקי"ל דש"ד א"כ פשיטא דגובה מדאקני דאפי' את"ל דדאקני לא משתעבד מ"מ ממילא חל השעבוד בעת שקנה ומש"ה לא הזכיר הרמב"ם דין דאקני כיון דהרמב"ם פ' בפי"א מהל' מלוה הל' ד' דש"ד ולהכי לא הוצרך להזכיר דין דאקני דפשוט הוא. ושוב ראיתי בס' אחד מחכמי זמנינו נקרא מהר"ן יפה שתי' כן לד' הרמב"ם כמ"ש בהחו"מ סי' ט'. אבל הקצה"ח בסי' קי"ב שם הביא ראי' מד' הרמב"ם בפי"ח מהל' מלוה דדאקני לא משתעבד מדאורייתא אף דס"ל דש"ד וא"כ ליכא ליישב ככ"ל אך עי' בס' ישועות ישראל בס"ק הנ"ל שהשיג על הקצה"ח ודחה ראיתו מד' הרמב"ם דפי"ח הנ"ל יעוש"ה: וא"כ שפיר יש ליישב ד' הרמב"ם עפ"ד הנתיבות הנ"ל וכמ"ש. והקצה"ח ייסב ד' הרמב"ם כהביאורי הגר"א בסי' קט"ו ואכע"מ להאריך בזה:

(ו) **חייב**. בתומים בס"ק י"א הק' דמאי פריך הגמ' בקידושין ע"ח ב' וב"ב קנ"ז ב' ולר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע יכיר ל"ל דלמא נפל מטבע ובמאי יקנה אותן במשיכה ליכא דלינמך בחליפין הא אין מטבע נקנה בחליפין ואי אג"ק הא ל"ל קרקע. וכ' דמזה ראי' למ"ש התוס' בכמה דוכתי דאין לך אדם שאין לו קרקע וכיון דאית לי' קרקע יקנה לי' אג"ק עכ"ד. אמנם עדיין הקושי' אף אי מיירי דאית לי' קרקע מ"מ קשה לפמ"ש התוס' בב"ק י"ב א' דקנין אגב דרבנן וא"כ הכא דקאי אקרא דיכיר ומדאורייתא במאי יקנה המעות ומצאתי קושי' זו על התוס' הנ"ל בתשובות הגאון רע"א בסי' קל"ב בשולי המכתב שהק' כן והניח בצ"ע. והנה מתחלה רציתי ליישב דהרמ"א לקמן בסי' ר"ג סעי' י' הביא ג' דיעות והוא מהמרדכי בפמ"ש סי' תר"ה דאם הקנה לו מעות ומטלטלין י"א שקנה הכל ואע"ג דאין מטבע נקנה בחליפין הכא שאני דמגו דחייל אמטלטלין חייל נמי אמטבע וא"כ ה"נ הא יכול להקנות לו מטלטלין ומטבע ביחד והמרדכי תלה דין זה בדין קני את והמור. וי"ל דרנב"י ס"ל דקני את והמור קני הכל ומיושב קושי' הנ"ל. ושוב מצאתי בשעה"מ בפ"ג מהל' מכירה הל' א' שהק' כעין קושי' הגאון רע"א הנ"ל רק הוא הק' דלמא הי' לו מעות במדה"י והוכיח מזה דקנין אגב דאורייתא. ובטעם המלך שם תי' עפ"ד המרדכי הנ"ל וכמ"ש. ושוב נדפס מחדש תשובות רע"א ח"ב וראיתי שם בסי' כ"ז שהוא בעצמו תי' כן קושי' הנ"ל יעוש"ה. ועי' בסמ"ע בסי' ר"ג שם בס"ק י"ט מ"ש בזה. אבל באמת ז"א דכ' דאף הדיעה הנ"ל דס"ל דקנה הכל היינו מדרבנן אבל לא מדאורייתא דלא עדיף מקנין אג"ק דלהתוס' הנ"ל הוי דרבנן והכא אקרא דיכיר קאי וא"כ עדיין קושי' הגאון רע"א הנ"ל במקומה. אבל באמת לק"מ דמוכח מד' התוס' ב"ב ע"ט א' ד"ה ואין כו' ובע"ב שם ד"ה אמר כו' דקנין אגר אל על דשלבל"ע. שכ' וז"ל ועוד קשה דמשמע דאי הוה עבידי דאתי הוה ניחא לי' אכתי תקשי לי' האיך המים והיונים קדושים אפי' אדם מקדיש דשלבל"ע שהרי מכח אגירו של הקדש אינם קדושים דאין אגר להקדש עכ"ל. הרי מוכח להדיא מד' התוס' דאי הוה אמרינן דיש אגר להקדש אף דהוה דבר שלבל"ע מ"מ קניא ע"י אגירו ועי"ש בחידושי הרמב"ן ועי' בקצה"ח בסי' ר' ס"ק א' שכ' בהדיא דמוכח מד' התוס' הנ"ל דלר"מ דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע יסול לומר יזכה אגירו למים ויונים שיבואו אח"כ. וא"כ שפיר מהני הקנין למעות שיבואו אח"כ ע"י אגירו דמסתמא לא מיירי בגברי ערטלאי וכמו דאמרינן בב"מ מ"ו א' גבי הי' עומד בגורן או כמ"ש התומים כאן מד' התוס' בכמה דוכתי שאין לך אדם שאין לו קרקע וא"כ שפיר יכול לומר שיזכה לו אגירו על המעות שיפילו לו אח"כ לר"מ דאית לי' אדם מקנה דשלבל"ע וכמ"ש התוס' הנ"ל ושפיר פריך הגמ' יכיר ל"ל. ומיושב קושי' הגאון רע"א והשעה"מ הנ"ל. ועי' בס' שערי תורה ח"א כלל י"ח פרט ג' ובס' פרת יוסף על חו"מ מהגאב"ד דסלאניס בסי' פ"ד מ"ש והאריכו בקושי' הנ"ל יעוש"ה ואכע"מ להאריך בזה:

(ז) **על** התובע להביא ראי'. עי' בסמ"ע בס"ק כ' שחילק דבסי' קי"ב איירי בקרקעות ובקרקעות ל"ש כאן נמצאו כאן היו דקרקע במקומה עומדת אף שיצאה מרשות לרשות מקומה לא תזוז ודוקא במטלטלין כו' בהס כ' בסי' ר"כ כנכ"ה כו' הממע"ה עכ"ד. ועי' בחת"ס סופר חחו"מ סי' קפ"ו שהק' על הסמ"ע דמה חילוק בין קרקע למטלטלין הא העיקר אנו דנים על הרשות לומר ברשותו של זה נמצא וברשותו הי' ולא תליא כלל במקום כ"א ברשות כמבואר במקור הדין בס"פ המדיר כו' עכקוש"י. והאריך בזה יעוש"ה. ונ"ל דזהו כונת הש"ך בס"ק כ"ח שכ' וז"ל. ומה שמחלק הסמ"ע בין מטלטלין לקרקע לא נהירא עכ"ל והיינו מה"ט שכ' החת"ס סופר הנ"ל דהעיקר תלוי ברשות ולא במקום. ומ"מ אפשר ליישב ד' הסמ"ע לפ"מ שמבואר לעיל בסי' מ"ז ולקמן בסי' ל"ע דאמרינן חזקה כל מה שת"י האדם הרי הוא שלו וא"כ במטלטלין אמרינן כנכ"ה משום חזקה דהרי הוא שלו אבל בקרקע ל"ש לומר חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו דהקרקע במקומה עומדת לא אמרינן כנכ"ה כך יש ליישב ד' הסמ"ע בדוחק שלא יהי' מוקשים כל כך. אבל האמת הוא דאין חילוק בין קרקע למטלטלין לענין כנכ"ה וכהש"ך והחת"ס סופר הנ"ל. ובנתיבות בס"ק י"ד תי' דבסי' ר"נ מיירי בנתן כל המטלטלין כו' ונגד זה אמרינן כנכ"ה אבל הכא מיירי שלא נתן לו רק ק' זהובים ונאמן הנתבע שלא הי' ברשותו ואפי' נמצאו ק' זהובים כו' מ"מ הא אי בעי הי' אומר שהיו עוד ק' זהובים ונאנסו ואפי' שיעבד להתחייב באונסין ג"כ פטור דנגד חיובו ל"א כנכ"ה עכ"ד. ולכאורה קשה על דבריו מהא דלקמן סי' רל"ב סעי' י' בהג"ה דאם נתן לו מעות להוליכו על אחריותו ונתן עם מעותיו ונאבדו מקצת המעות הפסד לפי ערך המעות ודוקא מעות אבל טבעיות של זהב וערבן עם שלו יכול לומר שלך נאבד וכ"כ המחבר בסי' רכ"ג סעי' י"ט ואם אין לו מנה מיוחד אלא ת"ק זוז בב"א ונאבד מנה מהם לא הפסיד זה אלא לפי חשבון יעוש"ה. וא"כ א"י לומר דהי' עוד מנה ונאנס דא"כ יהי' ההפסד לפי חשבון. אבל באמת לק"מ דעכ"פ כולו אינו משלם רק לפי חשבון. ועוד י"ל דמיירי דיחד לו מנה והיכא דיחד לו מנה יכול לומר שלך נאבד וכמבואר בסי' רכ"ג ובסי' רל"ב הנ"ל ועי' בדברי משפט בס"ק ג' מ"ש והאריך בזה:

(ח) **להביא** ראי'. בנתיבות בחידושים בס"ק י"ט כ' וז"ל אכן כשהמקבל מודה שלא הקנה לו מקודם

בחופן

באופן המועיל לא מהני לשון נתתי וא"כ לטעון שהי' ברשותו במגו דהי' באופן המועיל דהוי מגו להוציא עכ"ל. ולכאורה קשה על דבריו דז"א רק לפ"מ שפי' המחבר לקמן בסי' פ"ב סעי' י"ב שפיר נקרא זה מגו להוציא אבל לפ"מ שפי' הש"ך שם בס"ק כ"ח דנאמן המלוה במגו כיון דלפי ד' המלוה השתא השטר כשר הוה לא מקרי מגו להוציא יעוש"ה. וא"כ ה"נ כיון דלפי ד' הנותן הוה שטרא מעליא לא מקרי מגו להוציא. ואף לפ"ד המחבר שם נמי ל"ד לכאן דש"ה גבי תנאי כיון דאפי' לד' המלוה אם יקיים הלוה תנאו בטל שעבוד השטר לכך לא חשוב שטר והוי מגו להוציא. משא"כ הכא. אבל באמת לק"מ דהכא טעמא אחרינא הוא משום דהוי הודאה נגד הודאה דהודאת הנותן מכחיש להודאת המקבל אזלינן בתר הודאת התובע כמו גבי טענו חיטים והודה לו בשעורים וכמ"ש הרשב"א בגיטין מ' ב' גבי נתתי שדה פ' כו' וכ"כ הנתיבות בס"ק ע"ו בהדיא ועי' לקמן בסי' פ"ח סעי' י"ב בקצה"ח ובנתיבות שם מ"ש בזה. ושפיר כ' הנתיבות דה"ל מגו להוציא כיון דהודאה של המקבל הוי נגד הודאה של הנותן ואין להאמינו רק משום מגו וזהו הוי מגו להוציא ושפיר ד' הנתיבות וכן עיקר לדינא:

סעיף ז (ט) **זכה** במשכונה. בנתיבות בס"ק ע"ז כ' וז"ל ומדבריו כאן ראי' למ"ש הט"ז ביו"ד בסי' קע"ב דאף במשכנתא בנכייתא בחוב קדוש אסור מ"מ אם עשה לו קנין בפ"ע מותר דהא כאן ג"כ מיירי שהמשכונה הוא לאכול פירות וע"כ הוא בנכייתא ומוכח דמותר אף שהוא בחוב קדוש עכ"ל. ולא ידענא מאי קאמר דהא דמהני הכא היינו משום דמיירי בשטר וזהו הקנין בפ"ע שכ' הנתיבות והתם בסי' קע"ב נמי מיירי בשטר וכמ"ש הש"ך שם דמשכונא אינו מותר אלא בשטר ואפ"ה כ' המחבר שם דאסור וכן הק' באמת בשעה"מ בס"ק ז' על הרמ"א בסי' קע"ב שם דאמאי אסור בחוב הקדוש והניח בצ"ע. אבל ד' הנתיבות לא ידענא כונתו דכמו דהועיל הזקה בשדה ה"ה דיועיל נמי שטר והתם מיירי בשטר ומאי ראי' היא להט"ז וצ"ע:

סימן סא

סעיף ה (א) **שיוכל** כל המוציאו לגבות בו כו'. בקצה"ח בס"ק ג' ובנתיבות בס"ק ג' האריכו בדיני ברירה ולפי שעניני ברירה נוגע בכמה מקומות בש"ס וגם ראיתי לאחרונים שהאריכו הרבה בענין זה ע"כ אמרתי גם אני אענה את חלקי ואבאר זה בעזה"י. הנה במסכתא ביצה ל"ח א' קאמר הגמ' דהלכה כר' אושעיא דבדרבנן יש ברירה ובדאורייתא אין ברירה ודעת ר"ת דהכי קי"ל. והא דקי"ל הל' כראב"י בנדרים מ"ו גבי שותפין שנדרו הנאה דזה נכנס בתוך שלו. לאו מטעם ברירה קי"ל כותי' אלא מטעם דאנן ס"ל דוויתר מותר במודר הנאה והרמב"ן ב"ב ק"ז א' ד"ה והלכתא תי' ג"כ משום דמן התורה וויתר מותר רק מדרבנן הוא דאסור וויתר ובדרבנן יש ברירה וכ"כ הרשב"א בנדרים שם. וא"כ אם אסר עליו דריסת הרגל בפירוש באמת אסור משום דאין ברירה בדאורייתא. ונ"ל לד' ר"ת דהא דפריך הגמ' בתמורה ל' א' ונשקול זה כנגד כלב וליסתרי אידך היינו דפריך למאן דאית לי' ברירה אף דאורייתא תקשי מתניתין אבל אנן קי"ל דבדאורייתא אין ברירה וכ"כ הרא"ש בנדרים שם והרשב"א שם והרמב"ן ב"ב שם ובים"ש ב"ק כ"א ב' בדיני ברירה ליישב כן הגמ' דתמורה אליבא דר"ת יעוש"ה. ודעת ר"י דאף בדאורייתא קיי"ל דיש ברירה והא דפסק הגמ' הל' כר' אושעיא היינו דבדרבנן יש ברירה דזהו עיקר פלוגתא התם אבל בהא דס"ל לר"א דבדאורייתא אין ברירה לא קי"ל כותי' אלא כראב"י דאף בדאורייתא יש ברירה ולפ"ד ר"י יש ראי' מהגמ' דתמורה הנ"ל והיינו משום דס"ל להגמ' דיש ברירה אף בדאורייתא ומש"ה פריך ונשקול כו' אך קשה על ר"י מהא דקי"ל האחים שחלקו לקוחות הן והיינו משום דאין ברירה בדאורייתא וכן הק' בר"ן וברא"ש וברשב"א בנדרים שם וברמב"ן ב"ב שם על ר"י ועי' בים"ש שם מה שתי' בזה. ודעת הרמב"ן דבדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה וכ' דברירה דראב"י לא דמיא לברירה דעלמא הובא בר"ן שם וכן הוא דעת ר' שלמה ב"ר אברהם הצרפתי כהרמב"ן הובא ברא"ש וברשב"א שם יעוש"ה. וכן הוא דעת הרמב"ם שפ' בפי"א מהל' שמיטה דהאחים שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל וכן פ' בפ"ו מהל' מעשר גבי הלוקח יין מבין הכותים דלא הוי מעשר ותרומה והיינו דס"ל דבדאורייתא אין ברירה. ומה שיש סתירה בד' הרמב"ם גופי' אבאר לקמן. וכן הוא דעת הרא"ש בפ"ק דב"ק סי' ו' ובפ' בית כור סי' ב' דקי"ל דבדאורייתא אין ברירה וכן הוא דעת הים"ש שם בדעת הרא"ש וכן הוא דעת הטור באה"ע סי' קל"א ודעת הר"ן בפ' כל הגט כ"ה א' ובנדרים שם דקי"ל אין ברירה בדאורייתא וכן פ' הים"ש שם והאריך בזה. והנה דעת הים"ש שם דהא דבדאורייתא אין ברירה היינו בין לחומרא ובין לקולא דהוי בתורת ודאי והאריך הרבה בזה יעוש"ה. אבל הר"ן בפ' כל הגט שם ד"ה ור' יוחנן ובכ"מ בפ"ג מהל' גירושין הל' א' ובב"ש באה"ע סי' קל"א ס"ק ד' ובפ"י בביצה ל"ח א' ובריש פ' כל הגט כ"ה א' ד"ה ואי אשמועינן ובלל"ח בביצה שם ובשאגת ארי' בסי' ל' כ' דהא דקי"ל בדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה היינו משום ספיקא ובדאורייתא קי"ל לחומרא דאין ברירה ובדרבנן קי"ל לקולא דיש ברירה דספיקא דרבנן לקולא. והפ"י והלל"ח שם מיישבים בזה קושי' מהרש"א שם שהק' על הגמ' דביצה י"א דהדרא קושי' לדוכתי' דלתני מכאן אני נוטל וכ"כ בס' משנת חכמים בהל' ע"ז סי' ל"ט בדיני ברירה חלק הא' אות ב' והשיג על הים"ש והאריך בזה יעוש"ה. והמהרש"א י"ל דס"ל כהים"ש הנ"ל דברבנן יש ברירה מטעם ודאי ואף בס' מוכן הוא כן וכן ס"ל להמג"א באו"ח סי' תל"ה ס"ק י' כהים"ש ומש"ה הק' על הרמב"ם דפי' צריך שירשום. ועי' בביאורי הגר"א באו"ח סי' תי"ג שס"ל כהים"ש הנ"ל דבדאורייתא אין ברירה אף להקל ובדרבנן יש ברירה אף להחמיר. ועי' בשעה"מ בפ"ב מהל' עירובין ובפ"ג מהל' גירושין מ"ש והאריך בזה. והנה הש"א בסי' הנ"ל האריך לענין חלק המגיע לישראל אי יש להתיר וכ' דזה תליא במחלוקת רש"י ותוס' בגיטין מ"ז ב' גבי ישראל ועובד כוכבים שלקחו שדה בשותפות כו' דרש"י ס"ל דאף לאחר שחלקו למ"ד אין ברירה אמרינן דחלקו המגיעו מעורב מחלה שלו ומחלה של חבירו. ולדעת התוס' שם למ"ד אין ברירה י"ל דלמא החליפו של זה בזה טלו או מקצתו או שמא לא החליפו כלל. והק' על התוס' דאמאי ס"ל לר"י בביצה ל"ח דחבית אסורה ותי' דס"ל לר"י כר"א דדבר שיל"מ ספיקו אסור והשיג מפ"ז על הרמב"ן במלחמות בפ"ב דפסחים דכ' דר"י ס"ל דדשיל"מ בטל וא"כ הק' על ר' אושעיא דס"ל דחבית מותרת לשיטת התוס' הנ"ל והכריח מזה דבספיקא דדינא מותר אף בדבר שיל"מ ודוקא בס' במעשה אסור בדשיל"מ עכ"ד. ובאמת אין מוכח בזה דהא כ' התוס' בעירובין מ"ה ב' ד"ה איבעית אימא דבעירוב הקילו בס' אף דהוי דשיל"מ וא"כ לק"מ קושי' הש"א על התוס' הנ"ל וממילא דאין כאן השגה על הרמב"ן הנ"ל. וכן ראיתי בס' אבי הנחל דרוש כ"א שהשיג על הש"א מד' התוס' אלו. אך מ"מ מ"ש הש"א הנ"ל דבספיקא דדינא אף בדשיל"מ מותר הוא נכון וכ"כ הפר"ח באו"ח סי' תל"ז ובתשובת רע"א בהשמטות לסי' ל"ח ובחידושי רע"א ביו"ד סי' ע"ו ובאבי הנחל שם יעוש"ה. ועי' בס' מהר"ן יפה חאו"ח סי' כ"א מ"ש בזה ואין כע"מ להאריך בזה. וראיתי במקור חיים בהל' פסח בסי' תמ"ח ס"ק א' שהשיג על הש"א הנ"ל והק' עליו דהא מבואר בעירובין ל"ז דאי אמרינן אין ברירה אפי' בדרבנן ולא אמרינן דהוי ספי' דרבנן גבי ע"ה שאמר לחבר קח לי אגודה של ירק דחייב לעשר אף דבדמאי הקילו והתם לא הוי דשיל"מ עכקוש"י. ובאמת לק"מ די"ל כיון שיש עכ"פ ספק שמא ניתן שלו לע"ה אין להוציא מת"י דבר שאינו מתוקן ואפי' קנה בשביל ע"ה ג"כ הי' ראוי שלא יתן מידו לע"ה שיאכל בלא

מעשר רק אי אמרינן דיש ברירה אמרינן שאין לו עסק בשל ע"ה. משא"כ כשאינו מבורר ויש ס' על כל אחד שמא הוא שלו ממילא אינו יכול ליתן לו בלא מעשר ולק"מ על הש"א. וכן ראיתי בס' מגן האלף שם בס"ק א' שכ' כן ליישב ד' הש"א הנ"ל יעוש"ה. ועי' בס' פורת יוסף חחו"מ סי' ה' מה שהשיג על המקו"ח הנ"ל מד' התוס' בעירובין ד"ה מאן תנא כו'. אך מה שהק' המגן האלף שם על הש"א הנ"ל מהא דר"פ כל הגט דר"י אמר אף האחרון אינו פוסל כו'. הרי בהדיא דס"ל אין ברירה לגמרי ואפי' לכהונה אינו פוסל ועוד דהא ר"י ס"ל ג"כ דאין ברירה כו' ולא שייך בי' דשיל"מ כשרוצה לילך למקום האכס עכקוש"י. לא ידענא מאי קשי' לי' דאף דר"י ס"ל דאין ברירה לגמרי מ"מ הא אנן קי"ל כר' אושעיא בבילה שם דס"ל דבדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה. ופי' המפרשים הנ"ל משום דהוי ספיקא ובדאורייתא קי"ל לחומרא דאין ברירה ובדרבנן קי"ל לקולא דיש ברירה. וכן ס"ל להש"א הנ"ל. אך קשה על הש"א מה שהק' עוד המקור חיים שם דאי כאחד בחד דאפי' בדרבנן אסור כו' ועוד הק' שם דאסור ליטול חלקו מהחמץ של שותפות מהטעם דאין ברירה דממ"נ עושה איסור דאם הוא חלקו משעה ראשונה הרי הוא חמץ של ישראל שעבר עליו הפסח שהוא אסור ואם חלקו של עובד כוכבים הוא מה שהוא נוטל וחלק שלו נוטל העובד כוכבים הרי מחליף העובד כוכבים כו' וחליפי חמץ האסור בהנאה קא שקיל כו' והאריך בזה ופ' דחלקו של ישראל אסור דלא כהש"א הנ"ל. אך בחלקו של עובד כוכבים פ' דמותר להחה"פ וכהש"א וכ"פ בחידושים שם בס"ק א' וכ"פ הח"י שם בס"ק ב' דחלק הישראל אסור וחלק העובד כוכבים מותר בהנאה לאחה"פ יעוש"ה. ולענין אכילה עי' בח"י ובמקו"ח שם מ"ש בזה ועי' בהגהות אשר"י בע"ז בפ' ר' ישמעאל סי' ב' שכ' וז"ל והיכא שיש לישראל שותפות עם עובד כוכבים נבטל חלקו אבל לא בחלק הישראל ומשהובדר חלקו של עובד כוכבים מותר בהנאה דהא בטלו. ואפי' למאן דל"ל ברירה הכא יש ברירה דכל איסורי ע"ז דרבנן נינהו וכך פי' רשב"ס בשם רש"י עכ"ל. הרי להדיא כהח"י והמקו"ח הנ"ל דחלק העובד כוכבים מותר בהנאה לאחה"פ. ולכאורה קשה על הש"א הנ"ל מד' הגהות אשר"י אלו דמבואר דחלק הישראל אסור. אך י"ל דהא הגהות אשר"י מסיים כך פי' רשב"ס בשם רש"י ורש"י לשיטתי' דס"ל בסוף השולח הנ"ל דלמ"ד אין ברירה אף לאחר חלוקה אמרינן דחלקו המגיעו מעורב מחלה שלו ומחלה של חבירו ולדבריו שפיר אסור חלק הישראל וכמ"ש הש"א שם. ודינו של הש"א הנ"ל דס"ל דאף חלק הישראל מותר היינו לפי פי' התוס' בסוף השולח וכמו שהוכיח הש"א שם והאריך בזה. אבל כהח"י והמקו"ח מוכח שפיר מד' הגהות אשר"י הנ"ל:

ובאמת ד' הגהות אשר"י תמוהים דהא איסורי ע"ז הוי דאורייתא וכן ראיתי בשעה"מ בהל' גירושין שם שהק' כן. אבל עכ"פ מבואר מד' הגהות אשר"י דחלק העובד כוכבים מותר בהנאה לאחה"פ וכהח"י והמקו"ח הנ"ל. אך בב' מינים כיון דמבואר בבכורות נ"ו ב' ל"ש אלא שחלקו גדיים כנגד תיישים ותיישים כנגד גדיים אבל חלקו גדיים כנגד גדיים ותיישים כנגד תיישים אמרינן זהו חלקו המגיע משעה ראשונה לכך. אלמא דבתרי מינים לא אמרינן ברירה וכן פירש"י בחגיגה כ"ה ב' במתנה דחבר וע"ה שירשו את אביהם ע"ה דבב' מינים ל"א ברירה וכן דקדקו התוס' שם מד' רש"י וכן העלה התוס' רי"ד בקידושין י"ז ב' מהך מתנה דחבר וע"ה דבב' מינים ל"א ברירה והביא שם הסוגיא דבכורות הנ"ל. ועי' ברשב"א בקידושין שם שהעלה נמי מהך מתנה דחבר הנ"ל דבב' מינים ל"א ברירה והק' מתמורה ל' א' גבי מחיר כלב והאריך בזה ועי' בטורי אבן בחגיגה שם ובבית אפרים חיו"ד סי' ע' ובמקו"ח שם בס"ק ג' ובכתונת פסים בדיני ברירה בפרט החמישי ובס' עונג יו"ט חאו"ח סי' ל"ג ל"ד ובס' מלבושי יו"ט בדיני ברירה מ"ש והאריכו בד' הרשב"א יעוש"ה. וא"כ בודאי אסור אף חלק העובד כוכבים כיון דבב' מינים אין ברירה לכ"ע אלא אף בחד מינא העלה בעונג יו"ט שם דאסור אף חלק העובד כוכבים. ועי' בס' משנת חכמים שם ביבין שמועה אות י"א שהשיג על דין זה מד' מהריב"ל ח"ג סי' ק"ג שהובא במשל"מ בפ"ד מהל' בכורות בס' טריפה שנתבשלה בכלי ועכשיו הכלי אינו ב"י דעכשיו הוי איסור דרבנן דהוי נוטל"פ רק שנולד האיסור בזמן שהי' בו איסור תורה דלחומרא דנינן לי'. וה"נ כל ימות הפסח הוי דאורייתא איסור ב"י וב"י רק דעכשיו הוי דרבנן כדאורייתא דנינן לי' והאריך בזה. ועי' בלפנת פענח שם אות ע"ה מ"ש בזה. ועי' במגן האלף שם שהשיג נמי על דין זה דהלק העובד כוכבים והאריך בזה. ועי' בתשובות בית אפרים חאו"ח סי' מ"ה מ"ש בזה יעוש"ה. וא"כ נ' דדין זה אי חלק העובד כוכבים מותר לאחה"פ הוי ספיקא דדינא ואכע"מ להאריך בזה. והנה הש"א שם בסי' ל"ב ל"ג כ' דהא דצריכין לברירה היינו דוקא היכא דרוצה דהענין יחול מעכשיו משעת אמירה בזה צריכין לברירה אבל היכא דאינו רוצה שהענין יחול מעכשיו אלא בעת שיהי' הדבר יחול בזה אין אנו צריכין לברירה. ומיישב בזה ד' הגהות מיימוני בפ"ו מחמץ בשם הרוקח שכ' שטוב ללמוד לומר כל מי שיגיע לידו מלה שלי יהי' לו במתנה כדאמרן גבי לולב והאריך בזה והביא ראי' לזה מהא דאמרינן בפ' כל הגט כ"ה ב' דר"ש אית לי' ברירה מהא דאמר גבי הריני בעליך ע"מ שירצה אבא רצה האב מקודשת לא רצה האב אינה מקודשת ומסיק הגמ' דמאן דאית לי' ברירה אף בתולה בד"ע אית לי' כו' וא"כ למאי דקי"ל דאין ברירה בדאורייתא כו' לא הוי אלא קידושין וגירושין מספק לחומרא וא"כ קשה דהא תנן בקידושין ס"ב האומר לאשה הרי את מקודשת לאחר שאתגייר כו' אינה מקודשת ומפרש בגמ' דה"ט דא"מ משום דאין אדם מקנה דבשלבל"ע ומנ"ל דטעמא דמתניתין משום דא"א מקנה דבשלבל"ע דלמא ה"ט דהא כל הני קידושין הוי תולה בדעת אחרים כו'. ולמ"ד אין ברירה אינן קידושין ודלמא תנא דידן ס"ל כמ"ד אין ברירה לפיכך כל הני לאו קידושין נינהו. ועוד קשה מהא דתניא התם האומר לאשה כו' וקחשיב כל הני דמתניתין וקתני דר"י הגמיא או' מקודשת ומ"ע אמרו דאינה מקודשת משום איבה איבת אחותה ובעלה אבל בשארא כר"מ ס"ל דמקודשת והא דבי ס"ל בגיטין דאין ברירה וא"כ בכל הני דחשיב אינה מקודשת מדינא כו' עכקוש"י. ומפ"ז הוכיח הכלל שלו דהיכא דאינו רוצה שיחול הדבר מעכשיו אלא בעת שיהי' הדבר יחול בזה מהני אף למאן דל"ל ברירה עכ"ד:

ובאמת אין זה הוכחה דמה שהק' מהא דרבי לק"מ לפ"מ שכ' התוס' בגיטין כ"ה ב' ד"ה דברי כו' ובעירובין ל"ז א' ד"ה דברי כו' ובב"ק ס"ט ב' ד"ה אלא דהיכא דמברר דבריו כ"ע ס"ל דיש ברירה יעוש"ה. וא"כ התם גבי לאחר שאתגייר כו' הוי מתנה ומברר דבריו דאף רבי ס"ל דיש ברירה ומש"ה הוכרח הגמ' לומר דר' ס"ל אדם מקנה דשלבל"ע ואין ראי' להך כללא של הש"א הנ"ל. ועוד דלפי ד' הש"א הנ"ל אכתי קשה מהא דאמרינן בקידושין שם דר' ס"ל אדם מקנה דשלבל"ע מהא דתניא לא תסגיר עבד אל אדוניו רבי או' בלוקח עבד ע"מ לשחררו הכתוב מדבר ה"ד אמר רנב"י דכתב לי' לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו ועי' בתוס' שם ד"ה כגון שכ' דהא דבעינן מעכשיו כדי שיועיל אפי' אם נקרע השטר כו' וא"כ קשה דהא הכא נותן לו השחרור לכשיקחנו הרי קנוי לו מעכשיו ותלוי זה נמי אם יש ברירה או לא והוא רוצה שיחול למפרע וא"כ תקשי דרבי אדרבי דהא ר' ס"ל דאין ברירה ולפ"ד התוס' הנ"ל דהיכא דמברר דבריו כ"ע ס"ל דיש ברירה ניחא דהתם גבי לא תסגיר נמי הוי מברר דבריו מש"ה הוכרח הגמ' לומר דר' ס"ל דאדם מקנה דבשלבל"ע ולא תקשי דרבי אדרבי. וכן ראיתי בס' עמק יהושע בדיני חמץ סי' ז' שהשיג על הש"א מהא דלא תסגיר הנ"ל ודחה ראיתו מד' התוס' הנ"ל והביא ראי' להתוס' מהירושלמי ברפ"ב דגיטין והאריך הרבה בזה יעוש"ה. ובדברי התוס' אלו יש ליישב ד' התומים לקמן בסי' ס"ו ס"ק א' שכ' דהא דקאמר רבי בבכורות נ' א' דאין פודין בכור בשטרות

הייני

היינו בשטר דכתב בו לכל המוציאו וס"ל לרבי דיש ברירה כו' והאריך בזה. ולכאורה תמוהים דבריו דהא רבי ס"ל דאין ברירה בגיטין מ"ז הנ"ל וכן הק' חותני הגאון מ' יצחק צבי זצ"ל אב"ד דסטמייטין ולפ"ד התוס' הנ"ל דהתם הוי מתנה ומבורר דבריו שפיר אית לי' לרבי דיש ברירה וגם יש ליישב בזה ד' הריטב"א בקידושין כ"ו ב' גבי עובדא דר"ג וזקנים ט' שכ' דר"ג לא סיים מקום המעשרות משום דס"ל לר"ג דיש ברירה ומועיל במה שאומר שאני עתיד לומר עכ"ד. והק' בשעה"מ בפ"ח מהל' עירובין ובקהלת יעקב מהגאון מקארלין בפסחים פ"ח ב' דר"ג אומר לא נאכל לא מן הראשון כו'. ואי נימא דס"ל לר"ג דיש ברירה א"כ שפיר מצי אכיל דנמנין על ב' פסחים אם יש ברירה וכמ"ש רש"י ותוס' שם עכקוש"י. ולפ"ד התוס' הנ"ל ניחא דהתם בקידושין הוי מבורר דבריו שאני עתיד לומר אבל בפסחים גבי מלך ומלכה שחט סתם ושפיר ד' הריטב"א הנ"ל ובאמת בלא"ה לק"מ קושי' השעה"מ והקהלת יעקב הנ"ל דהתם בפסחים לאו היינו ר"ג דיבנה שזו היתה בזמן הבית אלא ר"ג הזקן הי' ובקידושין היינו ר"ג דיבנה שהי' בשעת החורבן ולא נהג נשיאותו עד כמה שנין אחר החורבן והוא הי' בר פלוגתא דר"א ור"י:

ושוב ראיתי בס' מלא הרועים באות ב' ברירה בס' כ"ד שכ' כן ליישב קושי' השעה"מ הנ"ל יעוש"ה. עוד כ' הס"ה שם ליישב ד' הרמב"ם בפ"ז מהל' אישות דהאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שירצה אבא רצה האב מקודשת. והא בגמ' דגיטין הנ"ל תליא בברירה ולמאי דקי"ל דאין ברירה א"מ ודאי. וכ' ליישב דהתם בגיטין מיירי בקידושי ביאה וכיון דקידושי ביאה א"א לחול אלא למפרע לכך הוכיח הש"ס מזה דיש ברירה. אבל בקידושין מיירי בקידושי כסף ושטר דבזה י"ל דאין הקידושין למפרע אלא משעה שירצה האב ובזה אין אנו צריכים לברירה. ובהכי מיירי הרמב"ם עכ"ד. ועי' בכהונת פסים בדיני ברירה פרט ו' שהשיג עליו דנהי דבקידושי כסף קאמר שפיר דאין אנו צריכים לברירה די"ל דאין הקידושין למפרע אלא משעה שירצה האב. אבל בקידושי שטר א"א לומר כן דהא מבואר בקידושין ט' דשטר קידושין שלא לשמה פסול א"כ שוב בעינן דין ברירה דאי אין ברירה ולא נימא דהוברר הדבר למפרע הוי שלא לשמה כמו ה"ז גט ע"מ שתצא בפתח תחלה עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דהתם גבי קידושין כיון דמתכוין בשעת כתיבה לאשה זו אף שאינו מבורר בשעת כתיבה אם יבוא לקידושין דדלמא לא ירצה האב מ"מ חשיב שפיר לשמה ול"ד לכתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחלה דלא כיון בשעת כתיבה ביחוד לאשה פרטית ושפיר ד' הס"א. ובאמת ד' הרמב"ם הנ"ל בלא"ה ניחא לפמ"ש התוס' בגיטין שם ד"ה ר"י ובעירובין שם ד"ה ר"י דבדבר העומד להתברר כ"ע ס"ל דיש ברירה וא"כ גבי ע"מ שירצה אבא הדבר עומד להתברר בודאי או ירצה או לאו. וא"כ שפיר ד' הרמב"ם דפ' דרצה האב מקודשת ודאי דס"ל כהתוס' הנ"ל וכ"כ בים"ש בדיני ברירה דבע"מ שירצה אבא הוי עומד להתברר. והש"ס בפ' כל הגט קאי לד' רב משרשיא דס"ל דאין לחלק בין עומד להתברר ובין אין עומד להתברר. אבל רבא ס"ל דיש לחלק והאריך בזה וכן ס"ל להרמב"ם הנ"ל וכ"כ בנודע בשערים ח"א בחידושיו לגיטין בר"פ כל הגט ליישב כן ד' הרמב"ם והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בפ"י בקידושין ס"ג א' שכ' נמי כן והאריך בזה. ובקו"א שם ; ועי' בכהונת פסים שם בפרט ז' מ"ש בזה:

ובדברי התוס' אלו יש ליישב נמי מה שיש להקשות בסנהדרין י"א א' אין מעברין את השנה אלא א"כ ירצה נשיא ומעשה בר"ג כו' והא אנן קי"ל דאין ברירה ור"ג ס"ל דיש ברירה לפ"ד הריטב"א דקידושין הנ"ל וכן הק' בדו"ח מהגאון רע"א בכתובות ג' א' ד"ה כל כו' וכן הק' במנחת חינוך מצוה ד' אות ז'. ולפ"ד התוס' הנ"ל ניחא דהתם עומד להתברר ובזה אמרינן דיש ברירה. וכן מיושב נמי מה שהק' עוד הגאון רע"א שם על מה דאמרינן כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש דהתם נמי עומד להתברר ועי' במשנת חכמים שם ביבין שמועה ח"ג מ"ש בענין זה דעומד להתברר והאריך בזה. ומה שהק' הש"א שם מפ"ק דיומא והאריך בזה עי' בתשובת רע"א סי' קנ"ט ובדברי חיים בקונטרס מים חיים סי' ו' ובס' דברי שאול בדרוש ג' מ"ש ליישב קושי' זו והאריכו בזה. אך אעפ"כ שאין הוכחת הש"א הנ"ל מההיא דרבי הוכחה להכלל הנ"ל וכמ"ש. מ"מ מבואר כן להדיא בר"ש במסכת מעשר שני פ"ה ה"א ובתוס' ב"ק ס"ט א' ד"ה כל הנלקט כפי מה שפי' השימקו"ב שם. ובחידושי הרשב"א שם יעוש"ה. וכ"כ המהרי"ט בתשובה ח"א סי' כ"ב הך כללא ומיישב בזה ההיא דהמשכרני ובקידושי דוד שקידש את מיכל וההיא דלולב וערבה גבי כל מי שבא לולבי בידו כו' והובא דבריו בקצה"ח כאן בס"ק ב' והיינו כהש"א הנ"ל:

וכן ראיתי בנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"א שכ' נמי כהש"א הנ"ל מסברת עצמו והאריך בזה יעוש"ה. ולא ראו הש"א והנו"ב ד' התוס' הנ"ל שכבר הקדימו בזה. אך הקצה"ח כ' דמד' הרשב"א לא משמע הכי שכ' באשה שמינתה שליח ואמרה כל מי שירצה הבעל ליתנו יהי' שלוחי דאין ברירה והתם נמי כ"ז שלא עשה שליחותו יכולה האשה לחזור ולא נגמר אלא בשעה שמקבלו ואפי"ה אמרינן דאין ברירה משום דהשתא אינו מבורר עכ"ד. ולפ"ד הקצה"ח אלו הרשב"א סותר ד"ע דבב"ק ס"ט הנ"ל ס"ל כהר"ש והש"א דל"ש ברירה באומר השתא שיחול אחר הלקיטה כיון דהאז מבורר. ועוד כ' הרשב"א בתולדות אדם בסי' פ"ב וז"ל שאלת המוכר לחבירו אחד מקרקעותיו סתם דקי"ל שיתן לו איזה שירצה היכא קונה הא קי"ל דאין ברירה ומ"ש מהאי דגטין דאמר כל המתלקט ומוקי לה למאן דאית לי' ברירה הא למאן דל"ל ברירה לא הוי הפקר. תשובה. יכול הייתי לשנות לך דההוא דבית בביתי ר"מ היא דס"ל יש ברירה. ואפשר דקי"ל כוותי' כו' ומ"מ כך דעתי נוטה דאין ברירה כו' וכדפסקו הלכתא כר' אושעיא כו'. אבל זה שוית את הדברים והקשית זה לזה אין כ' כן דאין דין ברירה אלא במה שאנו צריכים לומר הוברר הדבר שמה שהוא עכשיו הי' אז חל מעיקרא שאם לא נאמר כן שהוברר הדבר אין לו קיום לפי שאנו צריכים לקיומו של דבר כגון ההיא דהלוקח יין מבין הכותים שהוא מפריש לאחר ששתה ואי אין ברירה נמצא זה שותה טבלים למפרע. וכן בהרי זה גיטך מעכשיו אם מתי שאם אין ברירה ה"ל גט לאחר מיתה שהרי אינו גט אלא לאחר שמת. וכן באומר הבעל כתוב גט לאיזה שארצה אגרש בו כו' שאנו צריכים לעיקרו דהיינו שעת כתיבה דבעינן כתיבה לשמה וכן באחין שחלקו שאנו צריכים לברירה למאן דס"ל כיורשים דמי כי היכא דנימא דיירי כי היכא דדיירי אבהתן ויש להם דרך זע"ז כו'. וכן אם בא חכם למזרח שאנו צריכים שיחול העירוב מתחלה וכן ההיא דר' דוסא דכל שילקטו עניים היום יהי' הפקר דאם אין ברירה ולא קדם ההפקר משעת שהפקירה נמצאו אוכלין גזל וכן בלגוין שאומר כל המתלקט יהי' מחולל על מעות הללו שאלו לא חל החילול מעיקרא נמצא אוכלין באיסור וכן כולן. אבל במוכר או בנותן למה אנו צריכים לברירה כל שנותן לו אחת משדותיו הר"ז קנוי ואפי' לא נתן עד עכשיו הר"ז קיים וא"ל לקיום הדבר של מכר והמתנה לדמעיקרא. שאם אתה אומר כן בטלת מתנה האומר אלי שדה אני מוכר לך משנוגין ביניהם. וכן בטלת האומר הרי עלי עולה שהוא חייב באחריותה ואין לך נדר אלא נדבה באומר הרי זו ואל תשיבני שאף במכר צריכין אנו לברירה בשעת המכר כיצד הרי שמכר לו בקנין או בכסף או בשטר בית בבתים בתשרי ולוה במרחשון ונתן לו בכסליו ובא המלוה לגבות אותו השדה מן הלוקח ואם לא שנאמר הוברר הדבר למפרע שקדם המכר בשעת קנין או השטר הרי המלוה גובה הימנו. מ"מ לקיומו של מכר אין אנו צריכים לברירה ונתקיים המכר באותה שדה שוב אין אנו צריכים לברירה. והלואה שנעשית בין מכר לברירת השדה אינה מגרעת כח המכר. וכלל גדול אני נותן לך בזה דלא שייך דין ברירה אלא

במאי

במאי שא"א לגרש בו דלא נכתב לשמה א"נ בהם נמי שהם אין ברירה ה"ל גט לאחר מיתה ומיהו ושותה שהם אין ברירה שותה טבלים כו' וכן כולן. אבל בדבר שקיומו אינו תלוי בברירה כמכר ומתנה וצדקה וקרבן ונדר בזה לא שייך דין ברירה שהרי בשעה שנתן לו ומכרו אפי' למ"ד אין ברירה אין מעכב דין ברירה שאפשר להתקיים בלא ברירה בהרי עלי עולה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל הרשב"א. הרי שס"ל להרשב"א למעלה הך דרגא משיטת הר"ש הנ"ל דבאם יוכל לחול מכאן ולהבא משעה שנתברר אל ג"כ למפרע ולא אמרינן דתליא כלל בברירה ועי' בנתיבות בס"ק ג' שכ' כן מסברא דנפשי' דאם בשעה שיתברר הדבר ראוי לחול הקנין אף אם אומר מעכשיו מהני והאריך בזה ולא ראה שכבר הקדימו הרשב"א בתו"א בזה :

וא"כ לפ"ד הקצה"ח הנ"ל הרשב"א סותר ד"ע ול"ל דאין ראי' מד' הרשב"א דגבי שליחות לסתור הך כללא שכ' בחידושיו ובתו"א הנ"ל לפמ"ש בדברי חיים אהע"ע בדיני קידושין סי' ל"ג. די"ל כיון דלא אל השליחות מהשתא א"א שיחול אא"כ דכבר כלתה אמירה של עשיות השליחות וא"ד לקידושי כסף או לשטר לאחר ל' דמהני דשם מחמת קנין כסף או שטר הוי קידושין אם השטר הוא בעין אחר ל'. אבל בשליחות שהוא ע"י אמירה וכבר כלתה אמירה עכ"ד. א"כ שפיר תליא בהיא דתשובת הרשב"א דגבי שליחות הנ"ל בברירה דאי אמרינן אין ברירה ולא הוברר אז בשעה שהיא אומרת להם שזהו שלוחה רק נאמר בשעה שרוצה הבעל לתת לידו הגט שיהי' שליח לקבלה אז אל השליחות אמרינן דלא אל דכבר כלתה האמירה לפ"ד של הדברי חיים הנ"ל. ועכצ"ל שהוא שלוחה משעת אמירה ושפיר תליא בברירה ואין כאן סתירה בד' הרשב"א ודלא כהקצה"ח הנ"ל. וכ"כ בדברי חיים בדיני גיטין סי' ל' בהגה"ה מבן המחבר ליישב כן ד' הרשב"א הנ"ל. ועי' בדברי חיים שם מ"ש ליישב ד' הרשב"א והאריך בזה והשיג על הנו"ב הנ"ל מד' הרשב"א אלו יעוש"ה. ועי' בישועות יעקב באה"ע בסי' קמ"א ס"ק כ' מ"ש על ד' הרשב"א והנו"ב הנ"ל ועי' בתשובות בית אפרים אהע"ע סי' קכ"ב ובדברי חיים בסוף הספר בחידושי מהר"א שם ובפתחי תשובה באה"ע סי' ק"מ ס"ק ב' בשם תשובה מאהבה מ"ש בזה. ועוד כ' הקצה"ח דמאן דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע ס"ל דיש ברירה ותליא זה בזה. ולכאורה דבריו תמוהים דהא רבי ס"ל בקידושין ס"ג הנ"ל דאדם מקנה דשלבל"ע ובגיטין מ"ז הנ"ל ס"ל דאין ברירה. אך לפ"ד התוס' בגיטין כ"ה ב' הנ"ל דה"ל דהיכא דמברר דבריו כ"ע ס"ל דיש ברירה ניחא. דהתם גבי עבד הוי מברר דבריו דאמר לי' לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו ומש"ה ס"ל לר' שם דאדם מקנה דשלבל"ע אף דס"ל בעלמא דאין ברירה ושפיר ד' הקצה"ח. והנה הר"ן כ' בפ"ק דגיטין גבי משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך להשיג על הרמב"ן. דכי אמרינן דאין ברירה הני מילי במלתא דאי דהאי לאו דהאי אבל הכא אפשר שיהא משועבד לכל העולם בזה אח"ז עכ"ד. וכ"כ הנ"י בפ' ג"פ גבי אני פ' לויתי ממך מנה כהר"ן והק' הקצה"ח מהא דאמרינן במרובה ר' יהודה אומר שחרית בעה"ב אומר כל שילקטו עניים היום יהא הפקר ר' דוסא אומר לעיתותי ערב אומר כו' ואמרינן שם דלא סגי דלא מתהפכת דהא מתניתין קתני דאית לי' לר"י ברירה ושמעינן לי' לר"י דל"ל ברירה דתנן הלוקח יין כו' והא גבי הפקר לא שייך אי דהאי לאו דהאי דהא אפשר שיהא כולן הפקר אם ילקטו כל הכרם :

ובעין זה קשה בהא דאמרו שם אליבא דלנוטין כו' דלא תימא כל הנלקט אלא אימא כל המתלקט כו' אלמא אית לי' ברירה וקא אמר ר"י הלכה כסתם משנה והא בזה נמי אי אפשר שיתחלל כל הכרם כשילקטו כל הכרם כו' אבל אכתי יכול להיות שיתחללו כל המתלקט דהא ל"ש אי דהאי לאו דהאי דהא יכול להיות שיתלקטו כל הכרם ויתחלל הכל עכקו"ש. ובאמת

הא

לק"מ לפמ"ש הר"ש והש"א הנ"ל דכל היכא דא"ל לחול אלא מכאן ולהבא כ"ע ס"ל דיש ברירה וא"כ במשתעבדנא לך כו' דסגי במכאן ולהבא בזה אח"ז מש"ה כ"ע ס"ל ברירה. אבל בלקט דל"ל דהחילול אל למפרע דשמא לא ילקטו יותר על דינן וכמו שפי' רש"י שם ולריך שפיר לברירה ולק"מ קושי' הקצה"ח הנ"ל. ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ג' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח ומ"ש הקצה"ח בד' התוס' דתמורה ל' א' עי' בתשובות בית אפרים חיו"ד סי' ע' ע"א ע"ב ע"ג ע"ד ובס' זכר ישעי' בפ"ז מהל' מעשר מה שהשיגו על הקצה"ח והאריכו בזה. ועי' עוד בבית אפרים החו"מ סי' כ"ה ובמשנת חכמים שם ובכתונת פסים שם בפרט ג' מ"ש בד' התוס' והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בתשובת רע"א בסי' ב' לענין קלף המעובד לשם ס"ת אם מותר לכתוב עליו גיטין כ' דאם נימא דהוי כמתנה בשעת עיבוד כו' דנלטרך לומר דזהו שכותב עליו ס"ת הוברר הדבר שנעבד לשם ס"ת והרי קי"ל דבדאורייתא אין ברירה עכ"ד ועי' בהשמטות שם לסי' הנ"ל מה שהק' מענין ברירה בסוגיא דשלים ועי' בנודע בשערים ח"ב סי' א' ובס' ישועות ישראל שם ובס' נחל ילחק בסי' כ"ו ס"ק ב' מ"ש ליישב קושי' הנ"ל. ועי' עוד בש"א שם ובשעה"מ שם ובמשנת חכמים שם ובמקור חיים שם ובכתונת פסים שם ובגט פשוט באה"ע סי' קכ"ב ס"ק ה' ובפ"י בגיטין כ"ה ובתורת גיטין שם ובסי' קכ"ב ס"ק ו' ובחמדת שלמה בגיטין שם ובגרש ילחים שם ובנודע בשערים שם ובס' ישועות ישראל שם ובדברי משפט בסי' קכ"א ס"ק ג' ובגולא הרועים ח"ג הנדפס מחדש בענין ברירה. ובס' חידושי מהרשד"ס בענין ברירה ובס' פורת יוסף בסי' ה' ובדברי חיים בדיני ממון סי' כ"א ובס' שם אריה אה"ע סי' י"ב ובס' הפלאות נדרים בנדרים בר"פ השותפין מ"ש בענין ברירה והאריכו בזה יעוש"ה. וראיתי בנודע בשערים שם שנדחק לחלק בין אגלאי מלתא למפרע ובין ברירה והאריך בזה. ולבסוף כ' דלר"י י"ל דתליא בברירה :

ובאמת ז"א דהא ר"י גופי' ס"ל בסוף בילה ל"ז ב' דאין ברירה אף דס"ל ביבמות ל"ה ב' דאמרינן איגלאי מלתא למפרע. אלא עכצ"ל דזה לא תליא בברירה וכמ"ש בברית אברהם בסוף אהו"ה סי' ל"ז דאיגלאי מלתא למפרע היינו היכא שהדבר במליאות. ואני מסתפק אם יהי' בזה הגד ואח"ז ילא המליאות בא' מב' אפשרים אמרינן איגלאי מלתא למפרע שזה הדבר מתחלת הענין כך הי' ראוי להיות. אבל ענין ברירה הוא שהדבר אינו במליאות אלא בסופה שהסברא הוא שהדבר אפשרי הי' כן או באופן אחר ואח"ז ילא למליאות על א' מב' האפשרים אז נאמר הוברר למפרע שכך ראוי להיות מש"ה אף ר"י דס"ל אין ברירה מ"מ ס"ל דאמרינן איגלאי מלתא למפרע דלא תליא זה בזה ודלא כהנודע בשערים הנ"ל ואכע"מ להאריך בזה ואי"ה במקום אחר אבאר זה באריכות :

(ב) **אבל** אם נולד לאחר מכאן לא. בתומים בס"ק א' כ' וז"ל דהרא"ש כ' כן לדידן דלא קי"ל כר"מ אבל לר"מ תיכף חל הקנין ואינו בטל אף כשמת ושם בגמ' הכל לר"מ עכ"ד. ועי' בס' מקלוע בתורה בס"ק ד' שהשיג עליו דכיון דגם לר"מ יכול לחזור קודם שבא לעולם כו' א"כ אין הקנין חל עד שיבוא לעולם א"כ אם מת קודם בטל קנינו דאל"כ למה יכול לחזור קודם שבא לעולם עכ"ד. ובאמת אין זה השגה על התומים דהתומים ס"ל אף דיכול לחזור מ"מ אם לא חזר ומת קודם לא בטל קנינו ואין כאן השגה על התומים :

סעיף ז' (ג) **ראובן** גובה מזמן שטרו כו'. עי' בבית יהודה שכ' דרב יהודאי גאון והריטב"א שהביא השיטמקו"ב בב"מ י"ג חולקים על דין זה יעוש"ה :

סעיף

סימן סב

סעי' א' (א) **עלין** להביא ראי'. עי' בש"ך בס"ק ו' שכ' דמש"ה אינה נאמנת לומר ע"מ כן נתנו לי שלא יהא לבעלי רשות בהן במגו דאי בעי אמרה אתה נתתו לי במתנה משום דהוי מגו במקום חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו. והב"ש באה"ע סי' פ"ה ס"ק ל' השיג על הש"ך וכ' דהא מגו במקום חזקה איבעיא דלא איפשטא הוא ב"ב ה' ב'. א"כ מספיקא אין מוציאין מידה כשיש לה מגו. ובאמת הש"ך אזיל לשיטתי' דס"ל לקמן בסי' נ"ט ס"ק ו' דמה"ט אין הלוה נאמן לומר דשל אחרים במגו משום דהוי מגו במקום חזקה דמה שת"י האדם הרי הוא שלו. ונ"ל דאין החזקות דומות זו לזו דזו הוי חזקה אלימתא וכמ"ש הש"ך בכללי מגו בס"ק י'. וכן ראיתי בהפלאה בקו"א בסי' פ"ה ס"ק ט"ו שהשיג על הב"ש מהא דמבואר בסי' נ"ט הנ"ל דאין הלוה נאמן לומר של אחרים במגו משום דהוי מגו במקום חזקה. ועוד הק' ד' ב"ש אהדדי דבסי' ק' ס"ק ה' הביא ד' הרשב"א והש"ך דסי' נ"ט דא"י לומר של אחרים הוא משום דהוי מגו במקום חזקה. ועי' לעיל בסי' מ"ז ס"ק א' מ"ש ליישב ד' הב"ש שלא תקשי מהא דסי' נ"ט הנ"ל ושלא יסתרו דבריו אהדדי והארכתי בזה יעוש"ה. וא"כ לענין דינא נ' דאם יש לה מגו נאמנת במגו וכ"כ בתומים בס"ק ב' ובנתיבות בס"ק ו' ובס"ק ט' ובחידושים בס"ק ה' דנאמנת במגו לומר דשל פ' הוא. ועי' בבית יעקב באה"ע סי' פ"ה סעי' י"ב ובמקלוע בתורה בס"ק א' ובס' ישועות ישראל בס"ק א' ובס' נחל יצחק כאן ובסי' נ"ט ובעין יצחק אה"ע סי' כ' ובהת"ס סופר באה"ע ח"א סי' פ' מ"ש בזה יעוש"ה:

(ב) **ראיה** בעדים. עי' בש"ך בס"ק ט"ו שכ' דבמלתא דלא שכיח כלל לכ"ע לא טענינן ליתמי ועי' בס' כפות תמרים בקונטרס רישא דדהבא אות ט' שהק' על הש"ך מהא דכ' הש"ך בעצמו בסי' ס"ט ס"ק כ"ו דטענינן ליתמי אף נגד החזקה והרי חזקה מרעי טענת הטוען יותר ממלתא דלא שכיח כלל כו' דמגו אמרינן אף במלתא דלא שכיח כלל ומגו במקום חזקה לא אמרינן כו' ע"כ קושייתו. והניח בצ"ע. ועי' לקמן בסי' ע"ח ס"ק ו' מה שכתבתי בזה יעוש"ה:

סימן סג

סעי' א' **ובאו** ב' ואמרו ממנו שאל לזייף כו'. ואם בא אחד ואמר ממני ועוד אחר עמי שאלנו לזייף שטר זה נ' דא"ל לשבע נגדו כדין ע"א מעיד שהוא פרוע כיון דאפי' שאל לזייף אין ודאי שזייפו דאפשר שזה השטר אמת. וגם י"ל כיון דשבועת ע"א מעיד שהוא פרוע אינו אלא מתקנת חז"ל להפיס דעתו י"ל דלא תקנו רק כשמעיד על הפרעון אבל אם מעיד שהוא אמנה או שיש בו רבית י"ל דא"ל שבועה. וכה"ג אמרינן לקמן בסי' פ"ב סעי' י' גבי שבועת השטר אשתבעי לי דלא פרעתיך דבטענת רבית או אמנה א"ל המלוה לשבע וה"ה גבי שבועת ע"א מעיד שהוא פרוע י"ל דלא תקנו בכה"ג. וכן ראיתי בשעהמ"ש בסי' פ"ד ס"ק ז' שכ' דאם העד אומר שהעדים ידעו מזה שהוא שטר אמנה דאין בעל השטר צריך לשבע והאריך בזה וכ"כ בס' נחל יצחק שם בס"ק ד' ובסי' כ"ו ס"ק א' כהשעהמ"ש והאריך בזה. ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ב אות ג' שכ' להסתפק בזה והניח בצ"ע יעוש"ה. וא"כ לפ"ד השעהמ"ש והנחל יצחק י"ל דאף לגבי טענת ממנו שאל לזייף לא תקנו גבי ע"א דכיון דרק שבועת התקנה הבו דלא לוסיף עלה. וכ"כ הותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסעמייטין דבע"א א"ל לשבע וכ' דזה דומה להא דכ' הש"ך לעיל בסי' מ"ו ס"ק ק"ט דע"א האומר תנאי לא הוי עד המסייע לפטור אע"ג דעד המסייע פוטר היינו כשמעיד שפטור בודאי מנאמן וה"נ לענין שבועה דאפי' שאל לזייף אין ודאי שזייף זה השטר ואפשר דשטר זה כשר וכן נ' עיקר לדינא:

(ב) **אע"פ** שנתקיים השטר. עי' בשעהמ"ש בס"ק א' שכ' להסתפק באם טוען פרעתי אם נאמן במגו דמזויף כו' והאריך בזה ושייס בצ"ע. ועי' בבית יהודה שהוכיח מד' התוס' בב"מ י"ג ב' ד"ה הא קאמר כו' דא"י לטעון פרעתי במגו דמזויף דירא פן יכחישנו עדים יעוש"ה וכ"כ חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל דא"י לטעון פרעתי במגו דמזויף וכן נ' עיקר לדינא:

(ג) **אין** גובין בו. וכ"כ הב"ח הובא בש"ך ס"ק ב' דאם ראו אותו בידו קודם הזמן שהי' מהזיר על הזיוף אין השטר נפסל למפרע שהרי באותו זמן הי' בחזקת כשרות. ועי' בקצה"ח בס"ק א' שכ' דאם באו עדים ואמרו ממנו שאל לזייף ולא ידעו באיזה זמן נ"ל לפמ"ש הרמ"א בסי' ל"ד דהיכא שבאו להעיד על עד שעבר עבירה ולא ידעו באיזה זמן דאוקי אחזקת כשרות א"כ ה"ה הכא אוקמא אחזקת כשרות ואמרינן השתא הוא דאיתרע עכ"ד. ולפמ"ש לעיל בסי' ל"ד ס"ק ע"ו ליישב קושי' הקצה"ח שם בס"ק ה' על דין של הרמ"א הנ"ל דאמאי לא אמרינן תרתי לריעותא כמו גבי מקוה בריש נדה. ותרלתי משום דחזקת כשרות של העדים הוה חזקה אלימתא ואינו ראוי להצטרף חזקת ממון אף לענין תרתי לריעותא יעוש"ה. אבל כאן לא שייך להעמיד השטר על חזקת כשרות דשמא הוא פסול מעיקרו ואי דנימא העמיד האיש בעל השטר על חזקתו הרי פסול לפניך ויש חזקת ממון נגדו. וכן לפ"מ שפי' המחבר בי"ד סי' פ"א סעי' ב' כהרשב"א והר"ן דהיכא דיצאה מחזקה זמן מה וא"א לומר סמוך לשחיטה נטרפה הכל אסור למפרע וא"כ ה"נ נ"ל דבזה היום שאל מהם לזייף דבודאי היו זוכרים וא"כ יצאה זמן מה מהחזקה ול"ל חזקת כשרות ועי' באה"ע סי' ל"ז. אך הרמ"א ביו"ד שם פי' דמוקמינן החזקה אף בכה"ג וכן פי' הש"ך שם בס"ק ד' וס"ק י"א ועי' בפרמ"ג שם במשב"ז ס"ק ג' אך מ"מ י"ל דאין מוציאין ממון וכן ראיתי בס' ישועות ישראל בעי"מ בס"ק א' שכ' דיש להסתפק בזה אם מוציאין ממון יעוש"ה. ונ' דאין מוציאין ממון מספק כיון דאין שייך כאן להעמיד על חזקת כשרות אך אם תפס לא מפקינן מיני' דאולי אח"כ שאל לזייף לו שטר וכן עיקר לדינא כנ"ל:

(ד) **לעולם**. בסמ"ע בס"ק ד' כ' דאפי' תפיסה לא מהני ובתומים בס"ק ב' השיג עליו מד' הרא"ש בפ' א"נ שכ' דהך דינא הוי חד דינא עם הך דסערלאי דסי' כ"ח ובסערלאי ס"ל להרא"ש דמהני תפיסה עכ"ד. ובאמת אין זה השגה דהא הסמ"ע פי' כן על ד' המחבר והמחבר ס"ל לעיל בסי' כ"ח סעי' ב' דהשטר בטל לגמרי ולא מהני תפיסה. וכן הוא דעת הרמב"ם ושפיר ד' הסמ"ע ואין כאן השגה. וכן ראיתי בס' מקלוע בתורה בס"ק ד' שהשיג כן על התומים ועי' בדברי משפט בס"ק א' מ"ש ליישב קושיית התומים הנ"ל והאריך בזה. ועי' בתפא"ע מ"ש בזה על התומים ואינו כעת ת"י:

סימן סד

סעי' א (א) **ומיירי** שיש עדים שהפקידם בידו כו'. בשעהמ"ש בס"ק א' הק' לפמ"ש הרא"ש בפ"ק דכתובות דלא מהימנא לומר בתולה הייתי במגו דמ"ע משום דמ"ע לא שכיחא כו' וא"כ אמאי בעינן הכא עדי פקדון משום מגו דממושכנים הי' בידו מעיקרא. הא ל"ש להלוות מעות על שטרות כיון דא"י לגבותם וטענת מחיים תפסתי אותם הוא טענה דשכיח לתפוס שטרות שהפקידם בידו בשביל חוב שחייב לו מקודם ומגו דל"ש לא אמרינן כו' ע"כ קושייתו. ובאמת לק"מ דהכא הוי ברי ושמא דהא הלוה טוען ברי מחיים תפיסנו והיורשים טוענים שמא דהא אינם יודעים אם תפס מחיים או לא וברי ושמא אמרינן מגו אף דלא שכיחא וכמו דאמרינן מג להוליא

להוציא בברי ושמא וכמבואר בכתובות י"ב ב' ובסי' פ"ב בש"ך בכללי מגו סי' ע"ו וא"כ ה"ה מגו דל"ש אמרינן בברי ושמא. ואף דטענינן ליתמי וחשיב כמו טענת ברי וכמבואר בהרא"ש בר"פ האשה שנתארמלה סי' א' י"ל דהרא"ש מיירי בחוב ידוע שיכול לגבות ואין הספק רק לגבי יתמי אבל אביהם בודאי הי' חייב לשלם ולא שייך בזה לומר טענינן ליתמי כיון דאביהם בודאי הי' חייב לו והוי ברי ושמא דאמרינן מגו אף דל"ש ולק"מ קושי' השעהמ"ש הנ"ל. ועי' בתומים בכללי מגו בסי' מ"ו מ"ש בענין מגו דל"ש יעוש"ה. ולפ"ד יש ליישב נמי קושי' השעהמ"ש הנ"ל אבל א"צ לזה והעיקר בקושי' הנ"ל כמ"ש ואכמ"ל בזה :

(ב) **בהג"ה** ואע"פ שאין לו מגו כו'. עי' בסמ"ע בס"ק ד' מה שתמה על זה ועי' בתומים ס"ק ד' ובקצה"ח בס"ק ה' ובנתיבות בס"ק ו' ובדברי משפט בס"ק א' ובבית יהודה ובס' משנת דר"א ובדברי חיים בדיני הלואה בסי' כ"ד מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן סה

סעי' א (א) **היה** יכול לגבות בו. בתומים בס"ק א' הקשה דהא עבר על דברי חכמים וא"כ הא משוי' נפשי' רשע וא"א משים עצמו רשע ומה דבר עדות יש כאן ע"כ קושי'. ובנתיבות בס"ק א' כ' דקושי' זו ל"ק רק לפמ"ש התוס' בסנהדרין ט' ב' דל"א פלגינן דיבורא בחד גופא גבי פ' רבעני לרצוני ולומר שהי' לאונסו. אבל להך דס"ל דאף בכה"ג אמרינן פ"ד א"כ ה"נ אף שנתן לו השטר מרצונו פלגינן דיבורא בחד גופא ואמרינן שחטף ממנו השטר לאונס עכ"ד. ובאמת י"ל דזה יחשב כתרי גופי די"ל שלא הוא החזיר את השטר רק שנאבד ממנו ומצא אחר והחזיר לו. וכן ראיתי בשעהמ"ש בס"ק א' שכ' כן דהוי כב' גופים. אך כ' דל"ש הכא לומר פ"ד לפמ"ש התוס' בסנהדרין שם דבקיום שטרות דרבנן ל"א פ"ד כדי לפסול השטר וכן הכא כיון דשבועת ע"א שהוא פרוע אינו אלא מדרבנן כדי להפיס דעתו בכה"ג שהעד משים עצמו רשע ל"א פ"ד לחייבו שבועה כדי להפיס דעתו כו' עכ"ד. והנה בברית אברהם חאה"ע סי' כ"א אות ב' ובסי' מ"ע או' ד' כ' דע"א בעדות אשה אי נאמן מדאוריי' או מדרבנן תליא בתי' התוס' בסנהדרין הנ"ל. דאי נימא כהך תי' דבדרבנן ל"א פ"ד א"כ מוכח דע"א בעדות אשה נאמן מדאורייתא דהא ביבמות כ"ה גבי הרגתיו אמרינן פלגינן דיבורא ואי נימא דע"א בעדות אשה א"נ אלא מדרבנן אמאי אמרינן פ"ד לפ"ד התוס' הנ"ל. אלא ודאי מוכח דע"א בעדות אשה נאמן מדאורייתא. אבל אי נימא כשאר תי' התוס' שם דאף בדרבנן אמרינן פ"ד א"כ י"ל דע"א בעדות אשה א"נ אלא מדרבנן והאריך בזה יעוש"ה. ולכאורה קשה על דבריו דביבמות כ"ה ב' בתוס' ד"ה רבא כו' כ' זה התי' בשם ר"י דבדרבנן ל"א פ"ד וביבמות פ"ח א' בתוס' ד"ה מתוך כ' בשם ר"י דע"א בעדות אשה א"נ אלא מדרבנן. א"כ קשה אמאי אמרינן גבי הרגתיו פ"ד הא בדרבנן ל"א פ"ד. וצ"ל דר"י שבתוס' כ"ה הנ"ל אינו סתם ר"י בעל התוס' אלא הריב"א או אחר. וכן בב"י שם הביא תי' אחר בשם ר"י בעל התוס' יעוש"ה. וס"ל להריב"א דע"א בעדות אשה דאורייתא. וא"כ לפ"מ דהסכימו רוב הפוסקים דע"א בעדות אשה א"נ אלא מדרבנן וא"כ לא קיי"ל כהך תי' התוספות הנ"ל ואף בדרבנן אמרינן פ"ד ואכמ"ל להאריך בזה. ואי"ה במקום אחר אבאר זה באריכות ולק"מ. ואף להך תירוץ דס"ל דבדרבנן ל"א פ"ד נמי ל"ק קושיא הנ"ל די"ל דס"ל להך תירוץ דבדרבנן אמרינן דאדם משים עצמו רשע. ואף אי נימא דאף בדרבנן אמרינן דא"א משים עצמו רשע נמי ניחא די"ל דטעה וסבר שמותר להחזירו למלוה וכ"מ לשון הטור שכתב ואם טעה ומסרו למלוה וא"כ ל"ש כאן א"א משים עצמו רשע ולק"מ קושיית התומים הנ"ל ועי' בס' יש התלמוד בב"ק נ"ו א' ד"ה כיסוי

ובמפרשי הים שם מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' ל"ד ס"ק י"ז מה שכתבתי בזה יעוש"ה :

(ב) **לגבות** בו. בסמ"ע בס"ק א' כ' וז"ל וגם אין זה בכלל מ"ש דאין נשבעין אלא היסת על השטרות כו' עכ"ל. ולא ידענא מאי קאמר דהא שבועת ע"א מעיד שהוא פרוע נשבעין על השטרות וכדאמרינן בהדיא בכתובות פ"ז ב' אף שהיא שבועת המשנה וה"ה הכא וכ"כ התוס' ב"ב ל"ג א' והרא"ש שם בסי' י"ז דשבועת המשנה נשבעין על הקרקעות והביאו ראיה מההוא דפ' הכותב. ועי' במ"מ בפ"ה מהל' טוען ובש"ך לקמן בסי' צ"ה ס"ק ה' וכ"כ הסמ"ע גופא בסי' צ"ה ס"ק ז' דאף שבועת המשנה נשבעין על הקרקעות ושטרות ועי' ברשב"ם ב"ב ל"ג א' ד"ה מהימנא ובפ' יש נוחלין קכ"ח א' ד"ה רצונך כו' ובתשובות מיימוני לספר משפטים סי' ע"א ושוב ראיתי בס' משנת דר"א שהשיג כן על הסמ"ע. ולפמ"ש בשעהמ"ש בסי' צ"ה ס"ק ב' יש ליישב ד' הסמ"ע יעוש"ה ואכמ"ל בזה. ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ט אות ד' ובדין כ"א אות א' מ"ש בזה :

סעי' ב (ג) **וכן** יורשי הנפקד לא יחזירו כו'. והרשב"א בתשובה סימן א' ל"ה חולק על זה הובא בש"ך בס"ק ז' והביא ראיה מהא דס"פ ז"ב בההיא איתתא דאמרה ידענא דהאי שטרא פרוע ולא הימנה ר"נ דכיון דאתחזק בב"ד אי בעי קלתה לא אמרינן וה"ל דנהי דא"כ בתורת שליש מ"מ כיון דלא נודע מה טיבו אלא אם המלוה או הלוה בלא"ה לא יגבה הבע"ח א"ו דוקא שליש דהימני' וה"ל כספיקו דבע"ד. אבל לא ביורש עכ"ל. ולכאורה מאי קשיא לי' לרשב"א דלמא מיירי שם בההוא דסו"פ ז"ב דהלוה טוען שא"י אם פרע והמלוה טוען ברי שלא פרעתיו ושוי הלוה א"י אם פרעתיך. והא דאומר א"י מה טיבו יהא מונח מיירי בטוען הלוה ברי שפרעתיך ואין כאן הוכחה לחלק בין שליש ליורש. א"ו דס"ל להרשב"א דאם נאמר דבא"י מה טיבו א"ל הלוה לשלם בלא טעם שליש רק מטעם שיש ריעותא דנמצא ביד אחר אף דהלוה טוען א"י אם פרעתיך פטור וא"כ מוכח מד' הרשב"א הלז דבשטר שנפל אף דהלוה טוען א"י א"פ פטור. וכן ראיתי בדברי חיים בדיני טוען סי' ג' שהביא ראי' מד' הרשב"א הנ"ל דבשטר שנפל אף דהלוה טוען א"י א"פ פטור והאריך בזה יעוש"ה. ובתומים בס"ק ג' תי' דמיירי שהלוה טוען א"י אם פרעתיך דבשביל שנמצא ביד אחר וא"י מה טיבו חייב לשלם כיון דטוען א"י א"פ אבל מטעם שליש דה"ל כבע"ד ודאי פטור עכ"ל. הרי דס"ל להתומים דבשטר שנמצא וא"י מה טיבו והלוה טוען א"י א"פ דחייב לשלם וכ"כ בס' ישועות ישראל בעי"מ בס"ק ג'. אבל מד' הרשב"א הנ"ל דלא תי' כן מוכח להיפוך דס"ל דאף דטוען הלוה א"י א"פ פטור לשלם וכמ"ש. ועי' בתשובת רע"א בסי' קל"ז שהביא ראי' לדין זה מסוגיא דשטר הקנאה ומד' הרז"ה ברפ"ב דכתובות ואח"כ דחה והאריך בזה וסיים בל"ע. ועוד יש ראיה מהא דקי"ל דקבלן חשוב א"י א"פ וכמבואר בתשובות הב"ח ועי' בקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק ה' ובנתיבות שם בס"ק י' ובשעהמ"ש שם בס"ק ו' דאף בערב י"ל דהוי א"י א"פ אבל בקבלן בודאי דחשוב א"י א"פ ולקמן בסי' קכ"ט סעי' ט"ז פ' המחבר דאפי' בקבלן אם אין השטר ביד המלוה אין המלוה יכול לגבות בו ועי' בש"ך שם בס"ק ל"ג. אלמא כיון דאיכא ריעותא דנפילה פטור אף בא"י א"פ. וכן ראיתי בס' חידושי מהרשד"ם הנדפס מחדש באות כ' נפילה דרבים שהביא ראי' זו ומיישב בזה קושי' השעהמ"ש בסי' ס"ז יעוש"ה. וכן כ' עיקר לדינא דלא עדיף מתוך זמן דלא מהני בריעותא דנפילה וכמבואר לקמן סעי' ו' וה"ה נמי א"י א"פ לא מהני ריעותא דנפילה או בנמצא ביד אחר כנ"ל :

(ד) **אלא** א"כ יודעים מה טיבו. בנתיבות בס"ק ו' תמה בנמצא וא"י מה טיבו אמאי אמרינן יהא מונח הא כ' התוס' בריש ב"מ כיון דהנפקד דתופס בחזקת שניהם הוי כשניהם מוחזקים רק במנה שלישי כיון דאין החלוקה יכולה להיות אמת

אמת מש"ה אמרינן יהא מונח א"כ בשטר שנמלא ביד שליש כיון דהנפקד הופס בחזקת שניהם הוה כשנים אדוקים בשטר והחלוקה יכולה להיות אמת רהוי לומר יחלוקו ולא יהא מונח. וכ' דדוחק לייסב דהכא כיון דיש לספק שמא אחד בלבד הפקידו לא הוי כמוחזקים דמ"מ ה"ל לאיפלוגי במתניתין דאם הוא יודע שהוא שליש משניהם וא"י מה טיבו דיחלוקו כו'. אלא ע"כ הטעם דמונח כמ"ש הרשב"א דספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד ומרע לשטרא ומש"ה הדין דמונח ולפ"ז ביורשי הנפקד כו' דהוי כמוחזקין כו' הדין דיחלוקו עכ"ד. הנה מ"ש לדחות דאין לומר הטעם דיש לספק שמא אחד בלבד הפקידו משום דא"כ ה"ל לאפלוגי במתניתין כו' הנה בלא"ה ל"ל הך תי' דהא רש"י פי' בהדיא בב"מ שם ד"ה מלא או שמא מקלהו פרוע ומסרוהו לו להיות שליש ביניהם ושכח עכ"ל. הרי להדיא דאף אם שניהם השלישו בידו אפ"ה אמרינן יהא מונח. אך בהמת אין ראי' מד' רש"י אלו לסתור תי' הנ"ל דאפ"ה ל"ד לשנים שהפקידו דהתם ודאי נפקד משניהם חשיבי מוחזקים. אבל בא"י מה טיבו כיון דאפשר שנפקד רק מאחד ולא מהב' כלל א"כ יש ספק שמא תופס עבור אחד ול"ד לשנים שליפי. מש"ה אמרינן יהא מונח ושפיר י"ל התי' הנ"ל ואין סתירה מד' רש"י. וכן ראיתי בחידושי הרי"מ בריש ב"מ בד"ה ויחלוקו כו' ובט"ז ב' ד"ה אמר כו' שתירץ כן קושיא הנ"ל והאריך בזה. ועי"ש בס"פ ד"ה מלא שפי' נמי כן ד' רש"י הנ"ל שלא יהא סתירה על תירוץ זה והביא שם ראיה לתי' זה מהא דקי"ל סימנים וסימנים יניח ולא אמרינן דיחלוקו יעוש"ה. אך מ"מ א"א לומר הך תי' וכמ"ש הנתיבות הנ"ל דא"כ ה"ל לאפלוגי במתניתין כו'. אך אע"פ שא"א לומר הך תירוץ הנ"ל מ"מ אין הכרח לומר כמ"ש הנתיבות דעיקר הטעם דמונח משום דספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד כהרשב"א וכנ"ל. דיש לייסב קושיא הנ"ל דל"ד לשנים אדוקים בשטר וכמ"ש בדברי משפט בס"ק א' דהלוה אית לי' חזקת ממון והשטר דהוא מוחזק ביד המלוה כאלו ממון הכתוב הוחזק בידו כו' וכיון דשנים אדוקים בשטר הלוה והמלוה הוי כמו חלי ממון הכתוב בו מוחזק הלוה וחלי הב' מוחזק המלוה אבל בשטר שנמלא וא"י מה טיבו אף דהתוס' כ' דהנפקד תופס בחזקת שניהם מ"מ הא כ' בתה"ד סי' שי"ד דלא אמרי' סברא זו דהנפקד תופס בחזקת שניהם רק לדחות דינא דכל דאלים גבר דהוא דינא דפרסאי אבל לדחות הרוב אינו כמוחזק ממש כו' וא"כ בשטר שנמלא וא"י מה טיבו אף דהחלוקה יכולה להיות אמת מ"מ כיון דיש להלוה חזקת ממון והמלוה אינו מוחזק בחלי השטר אף דהנפקד תופס בחזקת שניהם לא הוי כמוחזק ממש. ומש"ה ל"א יחלוקו אלא יהא מונח עכ"ד. ומיישב בד' התה"ד אלו ד' המשל"מ בהט"ו מהל' טוען והאריך בזה. ומיושב שפיר קושי' הנתיבות הנ"ל ומיושב נמי הקושי' שהקשה בחידושי הרי"מ הנ"ל מההיא דסי' וסי'. וכן ראיתי להגאון רע"א בחידושיו לב"מ כ"ח א' שהק' קושיא זו והניח בצ"ע ולפי הנ"ל ניחא דלא הוי כמוחזקין ממש וכמ"ש בדברי משפט עפ"ד התה"ד הנ"ל. ושוב ראיתי בתשובות הרי"מ חאה"ע סי' ע"ז שדרך נמי בדרך זה והאריך בזה יעוש"ה. ועי' עוד בחידושי הרי"מ בפ"ק דמליעא גבי שנים אדוקים בשטר מ"ש בזה. וא"כ אין ראיה להרשב"א דספיקו של השליש הוי כספיקו של הבע"ד כיון דקושי' הנתיבות מיושב שפיר עפ"ד של הדברי משפט הנ"ל וכיון דאין הכרח לד' הרשב"א הנ"ל א"כ מנילא מ"ש הנתיבות דביורשים ויודעין שהוא שליש משניהם דהוי כמוחזקין הדין דיחלוקו ולפי מ"ש אינו כן אלא הדין דיהא מונח דלא הוי כמוחזקין ממש וכמ"ש בתה"ד הנ"ל. וכן נמי מ"ש הנתיבות בס"ק א' דאם אמר השליש אח"כ נזכרתי דעושין כדבריו משום דספיקו של השליש הוי כספיקו של הבע"ד וכהרשב"א ויכול לומר נזכרתי עכ"ד. וכיון דאין הכרח לד' הרשב"א א"כ י"ל דא"י לומר נזכרתי ואין עושין כדבריו דא"י לחזור ולהגיד ואמרינן יהא מונח. וגם בתומים בס"ק ג' נסתפק בזה אי יכול לומר נזכרתי והניח בצ"ע ועי' לקמן בנתיבות בכללי מגו סי' ד' מ"ש בזה ואכע"מ להאריך בד' התה"ד אלו. ואי"ה במ"א אבאר זה באריכות ועי' לעיל בסי' ל"ג ס"ק ב' מה שכתבתי בזה יעוש"ה:

סעי' ד (ה) **אבל** אמן לא טענינן להו. עי' בסמ"ע בס"ק ה' בשק' מסי' ע"ב ס"ק י"ד ועי' בבית יהודא מ"ש לייסב והאריך בזה ועי' במקלוע בתורה בס"ק ה' ובספר ישועות ישראל בס"ק ו' מ"ש בזה יעוש"ה:

סעי' ז (ו) **וכן** אם נמלא ביום שנכתב כו' יחזור. והוא מד' הגמ' ב"מ י"ז א' והטעם מסיק הגמ' שם דלא שכיח דפרע ביומא. והקשה הפ"י דמאי אריא בו ביום שנכתב ה"ל דה"ל תו"ז דהא קי"ל דסתם הלואה ל' יום ובתוך הזמן נמי איכא חזקה דא"א פורע בתו"ז כו' ומכ"ש למאי דאוקמא ר"כ כשהייב מודה דיש להקשות דאפי' למחר וליומא אוחרא למה ניהוש לקנוניא בכה"ג כיון דאיכא חזקה דאא"פ כו'. וי"ל דס"ה דכיון דנפל איתרע טובא לענין פרעון והייבינן אפי' בכה"ג וגרע ממלוה ע"פ גרידה בתו"ז כו' וכן כ' בהדיא בסי' ס"ה כו'. וכ' שמכאן הוליאו דין זה והתימא על הש"ך בסי' מ"א כו' ולא הביא מכאן עכ"ד. ובאמת מבואר כן בטור בסי' ע"ה בשם הרמ"ה ראי' מדין זה דאפי' בקובע זמן אי נפל שטרא ואשתכח בגו זמני' לא יהדרו ועי' בש"ך בס"ק י"ח שדהה ראיה זו דהא אמן קי"ל בסיף סי' ע"ח דבסתם הלואה אדם פורע בתוך ל' יום וכן תמה הב"ח על הרמ"ה הובא בהגהות מהרל"ח על הטור וא"כ הוכרח הש"ך בסי' מ"א להביא ראיות אחרות כיון שאין ראיה מזה ולא ראה הפ"י ד' הטור והש"ך והב"ח אלו. שוב ראיתי בבית יהודה שהשיג כן על הפ"י הנ"ל וכ' דאף אי נימא דהרמ"ה ס"ל דאף בסתם הלואה אא"פ בתוך ל' יום וכמ"ש הש"ך בס"ק הנ"ל במוסגר מ"מ אין ראיה מזה על קובע זמן והאריך בזה יעוש"ה. ולפמ"ש הפריכה בד' הרמ"ה ניחא ול"ק קושי' הש"ך והב"ח דכונת הרמ"ה גם נהי דחזקה א"א פורע ביומא אפ"ה חייבינן כאן אע"ג דאיכא תרתי פריעה ביומא וסתם הלואה ל' יום ואפ"ה לא יחזור ה"ה בקובע זמן עכ"ד. אבל ד' הפ"י הנ"ל תמוהים דמאי ראיה מסתם הלואה על קובע זמן וכמ"ש. ועי' במעין גנים כאן ובסימן מ"א מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעי' ו' (ז) **דהיישינן** לפרעון. בנתיבות בס"ק י"ב כ' דאם הוחזק כפרן קודם שנפל כגון שטען לא לויתי והוליא הסטר שלוה ואמרו לו ב"ד לא תן לו דכיון שא"כ לומר פרעתי אח"כ כו' מ"מ בשטר ונפל השטר נאמן לטעון פרעתי אח"כ כו'. אבל אם טען טענה אחרת שכבר נפל השטר והוחזק כפרן שוב א"כ לומר אפי' פרעתי אח"כ כו'. ומכ"ש שא"כ לומר פרעתי קודם כשטען לא לויתי דהרי הודה בעלמו שלא פרע עכ"ד. ולפ"ד מיושב קושי' הקלה"ח בס"ק ה' והסימקו"ג בב"מ ט"ז ב' על התוס' שם ד"ה ומשום כו' מכלתי' דשבתאי כו' דמוכח דלע"ג דנפל ואיתרע אפ"ה היכא דהוחזק כפרן לאותו ממון א"כ לומר פרעתי ע"כ קושייהו. ולפ"ד הנתיבות הנ"ל ניחא דהתוס' מיירי היכא דהוחזק כפרן קודם שנפל בזה נאמן לומר פרעתי אח"כ כיון שנפל השטר וגבי כלתי' דשבתאי מיירי דטען טענה אחר שכבר נפל השטר והוחזק בה כפרן א"כ לומר פרעה אח"כ ולק"מ קושי' הקלה"ח הנ"ל. וא"כ אין מוכרח לחלק בין הוחזק כפרן דטופן להד"ס ובאו עדים שלוה ואח"כ טוען פרעה ובין הוחזק כפרן שאמרו לו לא תן לו ואמר פרעתי ועדים מעידין שלא פרע וכדמחלק הקלה"ח כיון דהוכחתו הוא מכח קושי' הנ"ל והקושי' בלא"ה ניחא עפ"ד הנתיבות הנ"ל א"כ מנילא דאין מוכרח לחלק כהקלה"ח הנ"ל ועי' עוד בנתיבות מ"ש לענין אם טוען לא לויתי כו' ולענין אם המלוה נותן סימן מובהק כו' ועי' בבית יהודה מה שהשיג עליו יעוש"ה:

סעי' ט' (ח) **יתננו** למי שנותן סי' בכלי. וכ' התוס' בפ"ק דמליעא כ' ב' ד"ה מלא ובהרא"ש שם וביבמות ק"כ ב' ד"ה כליו דלא הייטינן לשאלה גבי נמגן אלא דוקא

דוקא בא"י א"א חיישינן לשאלה ומש"ה מחזירין כאן השטר למי שנותן סי' בכלי וכן מצא פירות מחזירין הפירות למי שנותן סי' בכלי ובש"ך בס"ק כ"ו השיג על זה דלא חלקו בש"ס בין אסורא לממונא לענין השש שאלה רק לענין סימנים ומיישב קושי' התוס' הנ"ל וע' בס' ישועות ישראל בס"ק ט' מה שמיישב קושי' התוס' הנ"ל והאריך בזה. וכ' דהא דאזלינן בתר קרוב אינו אלא בשמא ושמא אבל בברי וברי לא אזלינן בתר קורבא והביא ראיה מהא דאמרינן בב"מ כ"ח א' סימנים וסימנים וע"א יניח ואמאי לא אזלינן בתר קרוב א"ו בברי וברי לא אזלינן כלל בתר קורבא עכ"ד. ובאמת אין זה ראיה דהמוצא אבידה מיקרי מוחזק בשביל בעל האבידה אמיתי וכמ"ש התוס' בריש ב"מ גבי מנה שלישי דהנפקד תופס בחזקת שניהם ועי' ברמב"ן במלחמות בב"מ כ"ו ב' גבי נטלה לפני יאוש מ"ש בזה. וא"כ י"ל דמש"ה לא אזלינן בתר קורבא להוציא מחזקה של מוצא אבידה ואמרינן יניח. ואף שבתה"ד סי' שי"ד כ' דלא מהני הך סברא בהנפקד תופס בחזקת שניהם רק להוות דינא דכל דאלים גבר וכן לענין מגו אבל להוות הרוב אינו כמוחזק ממש. ועי' לעיל בס"ק ה' מ"ש בזה יעוש"ה. מ"מ הא מוכח מדברי התה"ד שם דהזקה זו דהנפקד תופס בחזקת שניהם עדיף משאר חזקה דמעיקרא דהא מגו במקום חזקה הוי בעיא דלא אפשיטא ב"ב ה' ב' והזקה זו עדיפא ממגו. וא"כ כ"ש דעדיפא משאר הזקה וכן ראיתי בתשובות הרי"מ בחא"ע סימן ע"ז שהוכיח כן מד' התה"ד הנ"ל והאריך בזה מ"מ לא עדיף קרוב מחזקה זו. ואף דהחמדת שלמה בחא"ע סי' מ"ג ס"ל דקרוב עדיף מחזקה והאריך בזה וכ"כ בספר נחל יצחק בסי' מ"ו ס"ק ד' דקרוב עדיף מחזקה והביא ראיה לזה ועי' בתשובות בית אפרים חא"ע סימן י"א ובס' ברית יעקב חאה"ע סימן כ"ה ובספר עין יצחק חאה"ע סימן ל"ג מ"ש בזה יעוש"ה. ואכ"מ להאריך בזה. מ"מ בחזקה זו דהנפקד תופס בחזקת שניהם דעדיפא אפילו ממגו וכ"ש משאר חזקות בודאי לא מהני קרוב נגד חזקה של המוצא אבידה שתופס בשביל בעל האבידה אמיתי · ומש"ה אמרינן יניח ואין ראיה מזה. אך אעפ"כ שאין ראיה מהא דסימנים הנ"ל מ"מ לענין דינא עיקר כהישועות ישראל הנ"ל דבברי וברי לא אזלינן בתר קורבא רק בשמא ושמא וכנ"ל:

(ט) **הוי** סי'. בתומים בס"ק י"ב הביא ראיה מד' הרמב"ם דפ' דהנהגה בסוס וחמור להו דאורייתא מ"מ קאמרי' בפ' אותו ואת בנו דבפרדות דסמכינן אסימנים ש"מ סימנים דאוריי' ש"מ דאפי' באיסורא דרבנן לא סמכינן אסימנים דרבנן עכ"ד. הנה מצאתי בתשובת הרא"ש כלל ב' סימן ע"ז שהק' מגמ' זו על הרמב"ם ומדלא תירץ הרא"ש כן על הרמב"ם ש"מ דס"ל להרא"ש דבאיסור דרבנן ודאי דסמכינן אסימנים דרבנן היפך מד' התומים הנ"ל וכן ראיתי בנו"ב מהדו"ק חאה"ע סימן מ"ג שהוכיח כן מד' הרא"ש אלו כמ"ש. אך י"ל דהרמב"ם פליג בהא וס"ל דגם באיסור דרבנן אין סומכין על הסימנים אי ס"ל לאו דאורייתא כדי שיגלל מקושי' הרא"ש וכמו שהוכיח התומים הנ"ל. אך הנו"ב שם כ' דאי אפשר לחלק בזה דהרי בב"מ דאמרו סימנים דאוריי' או דרבנן נ"מ לאהדורי גט אשה בסי' הרי דדוקא איסור דאורייתא נקטו בלשונם עכ"ד. ועי' בברית אברהם חאה"ע סי' כ"ב מ"ש והאריך בזה. ובלא"ה נמי אין ראיה מד' הרמב"ם הנ"ל די י"ל דהרמב"ם לא ס"ל כפי' רש"י שם דפי' דהך סימנים דאורייתא היינו הנך סימנים דסמכינן עלייהו בהחזרת אבידה אלא ס"ל כפי' הרמב"ן הובא בחידושי הר"ן שם דפי' דהנך סימנים דהוזכרו בכודנייתא גמירי גמיר והם דומיא למאי דאמרינן בפ' אלו טריפות גבי סימני בילים סימנים לאו דאורייתא עכ"ד יעוש"ה. וא"כ שפיר י"ל דאף הרמב"ם ס"ל דבאיסור דרבנן סמכינן על סי' דרבנן ודלא כהתומים ועי' בחת"ס סופר בחאה"ע ח"א סי' כ"ח מ"ש בכונת הרמב"ם והשיג על התומים והביא ד' הנו"ב הנ"ל והאריך בזה. ובעיקר האי דינא אי באיסור דרבנן סמכינן על סימנים דרבנן עי' בנו"ב ובברית אברהם ובחת"ס סופר שם ובפ"י בגיטין כ"ז ב' ובפנים מאירות ח"ג סימן ב' ובתשובות פ"י חאה"ע סי' ז' ובמראות הצובאות בסימן י"ז ס"ק פ"ה פ"ו ובישועות יעקב שם בס"ק ל' ובחמדת שלמה חאה"ע סימן מ"ב ובתשובות רע"א סי' ק"ז ובחידושי רע"א בב"מ כ"ג ב' ד"ה והא תנן ובבית שמואל אחרון חאה"ע סימן ד' ובמשכנות יעקב חאה"ע סימן ע' ובשמן רקח חאה"ע סימן כ"ה ובדשמי שאלה חאה"ע סימן ס' ובמים חיים חאה"ע סימן כ' ובנודע בשערים ח"א סימן י"ד ובתשובות הרי"מ חאה"ע סימן א' ובס' ברית יעקב חאה"ע סימן י"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. עוד כ' התומים לחלק בין שאלה דיחיד לשאלה דרבים וכ"כ בחכם צבי בסי' קל"ד לחלק כן ועי' בהאחרונים הנ"ל ובש"ש שמעתא ז' פ"כ ובאבני מלואים בסוף ח"א בתשובה שם ובבית מאיר באה"ע שם סעיף כ"ד ובתשובות בית אפרים בתק"ע ובתפארת צבי בתק"ע ובחמדת שלמה בחידושיו לב"מ כ"ז בסוגיא דסימנים ובנודע בשערים ח"ב סימן מ"ג ובדברי חיים בדיני אישות סימן ו' ובחידושי הרי"מ בספ"ק דמציעא כ' ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' לעיל בסימן ג' ס"ק א' מה שכתבתי בזה ויש לי הרבה להאריך בענינים אלו אך אין כאן מקום ואי"ה בחידושי על אה"ע סימן י"ז אבאר זה באריכות:

סעיף י' (י) **אבל** הכריכה להוד לא הוי סי'. בקצה"ח בס"ק י"א כ' דמש"ה בעינן כאן ב' סימנים מנין וכריכה לפ"מ שמבואר מתוך הראשונים והאחרונים דצירוף ב' סימנים הוי סי' מובהק וזה ודאי דאורייתא וראיה מפ' או"ב ע"ע כו' אלמא קסבר אין חוששין לזרע האב וסי' דאורייתא כו'. וגזה העלו דשני סימני' דאורייתא והתם בחולין הי' ב' סי'. וזהו דקאמר ש"מ סימנים דאורייתא לשון רבים היינו ב' סי' דאורייתא וא"כ ה"נ י"ל דהא דקאמר רבא בפ' אלו מציאות כו' סי' דאורייתא היינו שני סימני' והתם בתכריך ב' סי' סי' מנין וסימן כרוכין כו'. ומש"ה בעינן בשטרות ב' סי' דאז הוי דאורייתא עכ"ד. ועי' בתומים בס"ק י"ד שכ' נמי כן בד' הרמ"ה ובאמת לפמ"ש בס"ק הקודם בשם הרמב"ן דכונת הגמרא דקאמר סימני' דאורייתא דגמירי גמיר והוי דומיא דסי' בילים וא"כ אין ראיה מהתם וי"ל דצירוף ב' סימנים לא הוי כסי' מובהק. וכן ראיתי בנו"ב מהדו"ת חאה"ע סימן ס"ו בהג"ה שכ' כן לדחות ראיה זו מהגמרא הנ"ל וכ' נמי עפ"ז לדחות ד' הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סימן ל"א יעוש"ה. ושוב ראיתי בקצה"ח גופא בסימן רנ"ט ס"ק ב' שדחה ראיה זו עפ"ד הרמב"ן הנ"ל והאריך בזה ועי' בהגהות מהר"ץ חיות שם שדחה ד' הנו"ב מהדו"ק סימן ל"א עפ"ד הרמב"ן וכבר קדמוהו בזה בהגהות נוב"י סימן ס"ו הנ"ל ועי' ברא"ם יוסף ובחוסן ישועות בחולין שם מ"ש בזה. ובעיקר דין זה עי' בהאחרונים הנ"ל בס"ק הקודם ובמחנה לוי ב"מ כ"ז בסוגיא דסימנים ובספר נחל יצחק בס"ק ג' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ואין כמ"ל בזה:

סעיף ט"ו (יא) **וישלם** הלוה מהלה. בנתיבות בס"ק כ"ג כ' דמגו לאורועי שטרא לא אמרינן והטעם דחזקת השטר שביד המלוה שאינו פרוע הוא עדיף יותר מחזקת תוך זמנו דמיבעיא ליה אי אמרינן מגו במקום הזקה תדע דהא הרבה מ"ד ס"ל דמודה בשטר שכתבו א"ל לקיימו עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דהא כ' התוס' בהדיא ב"ב ה' ב' ד"ה מי כו' דהזקה דאא"פ בתוך זמנו עדיף מחזקה דשטרך בידי מאי בעי דבתו"ז א"ל שבועה ובשטר לריך שבועה יעוש"ה. ומ"ש תדע מהא דס"ל במודה בשטר שכ' דא"ל לקיימו אינו הוכחה דהתם הוה הזקה דשטרך בידי מאי בעי ורובא דרוב ב"א אינם השודים לזייף וכמ"ש התוס' בכתובות ל"ב ב' ד"ה דינא ועי' בש"ך לעיל בסימן מ"ו ס"ק ט' מ"ש בזה. ומ"ש עוד הנתיבות כיון דיכול לפטור בטענה אחרת נגד השטר הוה טענת פרעון טענה מעליותא כו' והביא הוכחה לזה דבשטר יכול לטעון פרעתי במגו דמזויף אף שיש ע"א על הקיום כו'. וע"כ הוא מטעם דכיון שיכול לפטור עצמו בטענה אחרת נגד השטר הוה טענת פרעון בעלמה טענה מעליותא עכ"ד. היינו לפי הטעם הא' שכ' הנתיבות לעיל בסימן מ"ו ס"ק ו'. אבל לפי טעם הב' שכתב הנתיבות

הנתיבות שם דכיון דאין השנים מחייבים אותו ממון רק בצירוף חזקה דשטרך בידי מאי בעי לא אמרינן בכה"ג בע"א משואיל"מ א"כ י"ל דטענת פרעון בעלמה לאו טענה מעליותא היא. והא דלא הוי משואיל"מ היינו משום דהוי בצירוף החזקה דשטרך בידי מאי בעי ועי' לעיל בסימן מ"ו ס"ק א' מה שהשגתי על הנתיבות והארכתי בזה יעוש"ה. ועי' במחנה לוי בב"מ ז' א' ובספר מעיני החכמה במה"ב בב"מ שם ובמקלוט בתורה בס"ק כ"ט שהביאו ראיה מהאי דינא לכללא של הרמ"ה שהביא הטור בסימן ע"ה דהיכא דאין השנים מחייבין אותו ממון אלא ע"י שבועת התובע לא אמרינן בכה"ג בע"א דהוי משואיל"מ והאריכו בזה ועי' בחידושי הרי"מ בחידושיו לב"מ שם ובבית יהודה בסי' מ"ו מ"ש בזה ואעכמ"ל בזה:

סעיף כ"ג (יב) **כל** שטרותיו פרועים. וכ' הש"ך בס"ק ע"ו דאין חילוק בין אם המלוה חי או מת אח"כ אלא דאם הוא חי וטוען אח"כ נזכרתי שזה פרוע והאחרים אינם פרועים חוזר וגובה בהן עכ"ל. ועי' בשעה"מ בס"ק י"ב שחולק על הש"ך ופי' דא"י לומר נזכרתי וכן ביש לו ב' שטרות על אדם אחד נמי הדין כן דא"י לומר נזכרתי אח"כ שהקטן הוא פרוע עכ"ד ועי' בבית יהודה שהשיג על השעה"מ ופי' כהש"ך הנ"ל וגם בדין הב' כשיש לו ב' שטרות על אדם אחד השיג על השעה"מ מפוגמת כתובתה והאריך בזה ולפמ"ש השעה"מ בסימן פ"ד ס"ק ד' אין ראיה מפוגמת כתובתה יעוש"ה. ול"ע בזה:

(ג) **בהג"ה** אבל אם נמצא שובר כו' הקטן פרוע ולא הגדול. וכ' הש"ך בס"ק ע"ז וה"ה השטרות של הלווים אחרים אינם פרועים כו' וכן הוא בב"י להדיא עכ"ל. ובאמת אין ראיה מהב"י דהב"י איירי שם בשובר בעדים יעוש"ה. ובזה ליכא חשש קנוניא ולכן אמרינן שפיר דשטרות אחרים של הלווים אינם פרועים. אבל הרמ"א לא הזכיר בלשונו שובר בעדים א"כ איכא למיחש לקנוניא דהלוה כ' בעצמו זאת להפסיד הלווים אחרים להדיעה הראשונה דלעיל סעיף ג' דאף היכא דלא אתרע בנפילה נמי חיישינן לקנוניא ולהכי לא כתב הרמ"א דין זה רק לענין הלוה בעצמו דמועיל אם נמצא שובר על הקטן שהגדול שלו אינו פרוע דעל עצמו ודאי נאמן דליכא חשש קנוניא אבל על לווים אחרים דאיכא למיחש לקנוניא א"כ. וכן ראיתי בס' כתונת פסים בסוף ב"ב שהשיג על הש"ך דאין ראיה מד' הב"י הנ"ל יעוש"ה:

סימן סו

סעיף א' (א) **אותיות** כו'. בתוס' ב"ב ע"ו ב' ד"ה קני כו' חקרו אי מכירת שטרות דאורייתא או דרבנן וכ' וז"ל והא דאיצטריך בפ' הזהב למעט שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעלים ביוקר עכ"ל. וכ"כ הסמ"ג בהל' מקח וממכר נ"ח ב' כהתוספות יעוש"ה. ולכאורה קשה במה זכה המוצא הא החוב הוא של המלוה וכן הק' בקצה"ח בס"ק א' וכ' דהמוצא זוכה בגוף החוב מדין יאוש ואף דמכירת שטרות לאו דאורייתא לפי שהשטר נכתב על שם הבעלים מ"מ יאוש עדיף ממכירה כו' דיאוש מהני אף בדבר שאינו ברשותו כו' ומש"ה זוכה המוצא בחוב כו' וכמ"ש הרא"ש בתשובה לענין שעבוד שטרות דלא בעי כתיבה משום דשעבוד עדיף מקנין דחל אפילו בדבר שלבל"ע. וא"כ ה"ה יאוש דעדיף מקנין דחל בדבר שא"ב כו' ומש"ה מהני אפילו בדבר שא"ב וא"צ לא כתיבה ולא דעת אחרת מקנה והוי יאוש מה"ת כו' זוכה המוצא בגוף החוב וחוזר ומוכרו לבעליו דהוי דאורייתא עכ"ד. ולא ידענא מאי ראיה היא משעבוד דהא דמהני שעבוד בדשלבל"ע הוא מדרבנן כדי שלא תנעול דלת בפני לוין וכמ"ש הרשב"ם ב"ב קנ"ז א' ובב"י שם וכ"כ הקצה"ח גופא בסי' קי"ב ס"ק א' אבל הכא צריך שיהא המוצא זוכה מה"ת ואין ראיה משעבוד דלא מהני אלא מדרבנן ובנתיבות בס"ק א' השיג על הקצה"ח. וכ' דנהי דיאוש מועיל לדבר שא"ב מ"מ הא אין המוצא יכול לזכות בדבר שא"ב ואם היה יאוש מועיל להחוב הי' הלוה זוכה בו ולא המוצא עכ"ד. וראיתי במשובב נתיבות שהשיג עליו דיכול לזכות בדבר שא"ב לפמ"ש בקצה"ח בסימן ת"ה דאיסורי הנאה מקרי דבר שא"ב כו' ואפ"ה יש זכיה באיסורי הנאה כמ"ש בשם הריב"ש בסימן ת"ה כו'. וא"כ מבואר שם דאף בדבר שא"ב שייך בי' זכיה עכ"ד. ובאמת אין זה השגה על הנתיבות דהא דעת התוס' בסנהדרין פ' א' ד"ה בשור וכן משמע מדבריהם בסוכה ל"ה ב' ד"ה לאו כגבוי דאין זכיה באיסורי הנאה. וכן הוא דעת רש"י בב"ק מ"ה א' ועי' בנו"ב מהדו"ק חאו"ח סימן י"ט שהוכיח כן והאריך בזה יעוש"ה. וכן הוא דעת הרשב"א בתשובה ח"א סימן תשמ"ו גבי לולב ופ' כן הרמ"א באו"ח סימן תרמ"ט סעיף ב' וא"כ הרי דעת כמה פוס' דאין זכי' באיסורי הנאה ועי' בברית אברהם חאו"ח סי' כ"ו כ"ז מ"ש והאריך בזה יעוש"ה ואכמ"ל בזה. ואי"ה במקום אחר אבאר זה באריכות. עוד כ' הקצה"ח ליישב הקושיא מבכורות דממעטינן שטרות דאין פודין בהם והיא קושיית התומים בס"ק א' וכתב משום דשטרות משתעבד למשכון לגבות החוב משום דשעבוד עדיף מקנין דחל על דבר שא"ב וכיון דפודין נמי במשכון אתי קרא למעוטי שלא לפדות בשטרות למשכון עכ"ד. וגם זה לא נהירא דהא דשעבוד מהני בדבר שא"ב אינו אלא מדרבנן והתם אקרא קאי דדריש רבי בריבוי ומיעוט. ובתומים תי' דמיירי בשטר שנכתב בו לכל המוציאו דבזה הוי מכירתו דאורייתא כו' וכ"כ הנתיבות בס"ק א' ליישב כן ועי' לעיל בסימן ס"א ס"ק א' מה שכתבתי על התומים בזה יעוש"ה. ועי' בספר מקלוט בתורה בס"ק א' ובספר נחל יצחק בס"ק א' ובבית שמואל אחרון חחו"מ סימן כ' מ"ש והאריכו בזה. עוד כ' הנתיבות בס"ק הנ"ל דלדעת הרשב"א דבשט"ח דידי' אינה מקודשת משום דאגיד גביה לגבי פדיון בכור נמי אינו פדוי כו'. ובאמת מבואר כן להדיא בחידושי הרשב"א בקידושין ה' א' ד"ה מה לכסף כו' דלגבי בכור אינו פדוי ומביא ראיה מבכור לאשה ולא ראה הנתיבות ד' הרשב"א אלו שהוא כתב כן מסברא דנפשיה אליבא דהרשב"א. ועי' במהרי"ט אלגזי בבכורות נ"א ובנ"ב מהדו"ת חיו"ד סימן ר"ג ובס' ישועות ישראל בס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה. עוד הקשה הקצה"ח ממתניתין דמצא שט"ח ועי' בחידושי הרי"מ בב"מ בסוגיא דמצא שט"ח מ"ש והאריך בזה:

(ב) **אלא** בכתיבה. בש"ך בס"ק ב' הביא בשם הריטב"א בפ"ק דקידושין אהא דאמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט כתב וכן הדין בהקדש לענין בזמן הזה כו' ובשטרות הוי ככתיבה ומסירה ובקרקעות כחזקה עכ"ד. ועי' בתומים בס"ק ב' ובקצה"ח בס"ק ב' שהקשה דהא הרמ"א פ' ביו"ד בסי' רנ"ח סעיף ז' דהמקדיש שט"ח צריך כתיבה ומסירה כמו בהדיוט והוא מתשובת הרשב"א. והש"ך שם בס"ק י"ד כ' דיכול למחול וכן הק' בס' משנת דר"א על הש"ך וכן הק' הנתיבות בס"ק ב' ופ' בביאורים בס"ק ב' וכן האורים בס"ק ב' דבעי כומ"ס. ובקצה"ח מסיק דמד' התוס' בפ' הספינה ע"ו ב' ד"ה קני משמע דאף בכומ"ס לא מהני דכ' שם דמש"ה הוי מכירת שטרות דרבנן משום דהוי דבר שא"ב וכי היכא דאינו יכול להקדיש כו' כך אינו יכול להקנותו רק דחכמים תקנו דיועיל בכומ"ס והא דלא תקנו שיוכל להקדישן לפי שאין הקדש כ"כ צורך. הרי מבואר דאי מכירת שטרות דרבנן ואינו אלא משום תקנה בהקדש לא תקנו עכ"ד. וכ"כ בספר מקלוט בתורה בס"ק ג' דכן מוכח מד' התוס' אלו יעוש"ה. אך הקצה"ח הק' אח"כ על התוספות דמי הזקיקם לכך לחלק בין הקדש למכירה דהא לא מוכח בפ' כ"ש אלא שאינו יכול להקדיש גוף הנכסים של הלוה אבל אם מקדיש גוף החוב דלמא אה"נ דקדיש בכומ"ס או אפילו בלא כומ"ס לפי סברת הריטב"א כו'. ותדע דהא התם אמרינן אי זבין מלוה ואקדיש מלוה הרי דאיירי נמי במכירה ועכצ"ל משום דלא איירי ממכירת השטר וכן לא מיירי נמי מהקדש השטר אלא מזבין מלוה ואקדיש מלוה את קרקע הלוה כו'. וא"כ דלמא הקדש

ומכר

ומכר שוין הן דבכומ"ס נמי מהני כמו במכר ע"כ קושייתו והניח בצ"ע. וכן הק' במקצוע בתורה בס"ק הנ"ל והניח בצ"ע. וכן הק' הגאון רע"א בגליון הש"ס שם ובתשובה בסי' קמ"ד בשולי המכתב והניח בצ"ע. וראיתי בנתיבות בס"ק הנ"ל שתי' קושי' הקצה"ח דודאי מהך דפסחים אין ראי' רק שהוכחת התוס' הוא מדלא מצינו בשום מקום במקדיש שט"ח כומ"ס רק במכירה עכ"ד. ולא נהירא דבפוסקים מפורש דין דמקדיש שט"ח ומגמ' אין ראי' דאיכא למימר דאף כומ"ס לא בעי דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי וכמו שס"ל להריטב"א לפי האמת. אבל בכומ"ס לא מוכח מידי מהא דלא הזכיר הגמ' בשום מקום ועוד וכי תנא כי רוכלא ליחשב וליזל. וע"כ צ"ל דכונת התוס' מהך דפ' כ"ש וא"כ קוש' הקצה"ח והגאון רע"א במקומה עומדת. ונ"ל ליישב דהא מבואר בכמה מקומות בש"ס דהיכא דבידו לא הוי דבשלבל"ע. ואם אמר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדש דקדשה משום דהוי דבר שבידו. וכן מבואר ברמב"ם בפ"ז מהל' אישות הל' י"ד דאם נתן לאשה ב' פרוטות ואמר באחת התקדשי לי היום ובאחת לאחר שאגרשך דהוי קידושין. וכ' המ"מ שם דמ"מ יכול לחזור בו קודם הקידושין כמו לאחר ל' דיכול לחזור ואפי' אמר מעכשיו כו' יעוש"ה. אמנם בהקדש פשיטא שאינו יכול לחזור בו דאם אמר שור זה עולה לאחר ל' א"י לחזור בו דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט. ולפ"ז ה"ה בזה א"י לחזור בו בתוך הזמן. ועי' במשל"מ בפ"ז מהל' ערכין גבי נזיר מ"ש בזה. הרי מבואר דאפי' בדשלבל"ע ואינו ברשותו כל שיש בידו להקדישה עכשיו באופן המועיל כמו כן אם הקדישה באופן דהוי דבר שלבל"ע ואינו ברשותו הוי הקדש. ולפ"ז א"ש ד' התוס' דממכר לא מצי התוס' למידק כלום דהתם שאני דמוכר גוף הקרקע שאינו ברשותו. ול"ל הא בידו למכור החוב ואז מועיל המכר ממילא לשדה זו ג"כ הא ליתא. חדא דהא מ"מ יכול לחזור בו בתוך הזמן והתם לענין חזרה מיירי. ועוד דהוא אינו רוצה לקנות החוב כלל ותולה בדעת אחרים כי אינו רוצה לקנות רק השדה אבל מהקדש שפיר הוכיחו התוס' דכיון דחזינן בפ' כ"ש דא"י להקדיש גוף הקרקע א"כ מבואר ממילא דאינו יכול להקדיש גוף החוב דהא עכשיו שהקדיש גוף הקרקע הוא אם יפרע הלוה בקרקע זו שהקדיש א"כ הי' בידו להקדיש גוף החוב ואז ממילא הי' שדה זו מוקדשת אם הי' פורע בשדה זו. ול"ל דאינו רוצה להקדיש גוף החוב רק אם יפרענו בקרקע זו דא"כ הא בנזיר ג"כ י"ל שאינו רוצה להיות נזיר עכשיו וכמו כן באינך וע"כ דהא ליתא רק כל שיש בידו באיזה אופן להפיק רצונו שתהא קרקע זו מוקדשת באופן שירצה להקדישה עכשיו בלשון שאינו מועיל מהני להקדישה. א"כ שפיר הוכיחו התוס' מהקדש דאפי' גוף החוב א"י להקדיש. והשתא שפיר כ' התוס' והא דא"י להקדישו דבהקדש ודאי אפילו גוף החוב א"י להקדישו אפי' מדרבנן דאל"כ אפילו גוף הקרקע נמי משא"כ במכר. ושפיר תי' התוס' דאין בזה צורך. ומיושב קושי' הקצה"ח והגאון רע"א הנ"ל. ועי' בהגהות מהגאון ר' יהודה בכרך בב"ב שם ובתשובה רע"א שם ובסי' קמ"ה ובדברי חיים חיו"ד סי' מ"ד ובס' ישועות ישראל בס"ק ג' מ"ש בזה יעוש"ה. עוד השיג הקצה"ח על מה שתירץ התומים ד' הרשב"א. וכ' עליו דמה שהוליד בתומים דאם אמר הלואתי להקדש דקונה הקדש כיון דמהני מכירה במעמ"ש. אמת דכל הקניינים המועילים בהדיוט סגי להקדש באמירה בעלמא כו' היינו דוקא קנין המועיל מחמת עצמו של הנודר אבל מעמ"ש אינו מחמת הנודר אלא מחמת הלוה דהוי כזוכה למקבל כו'. וא"כ כיון דלא עשו כזוכה את הלוה אלא בפני המקבל אבל שלא בפני המקבל לא שייך זכי' א"כ ל"ש בי' אמירה לגבוה במקום מעמ"ש. והא דמהני הלואתי לפ' בשכ"מ פריך לה בש"ס בפ' מ"ש ומשני הואיל ואיתא בבריא במעמ"ש ואינו אלא מתקנת חז"ל בשכ"מ אלא דלא תקנו שלא תטרוף דעתו אלא במלתא דאיתא בבריא ומש"ה בפירות דקל לא מהני. לזה משני הואיל ואיתא בבריא במעמ"ש מש"ה תקנו בשכ"מ שלא תטרוף דעתו עליו. אבל אין הטעם בשכ"מ משום דדבריו הוי כמעמ"ש דמה ענין דבריו לזה כיון דמעמ"ש לאו מחמת הנודר הוא אלא מתורת זכי' שזוכה הלוה להמקבל. וא"כ באומר הלואתי להקדש ודאי לא קנהו עכ"ד. הנה מה שהשיג עליו דמד' המרדכי לא משמע כלל שיועיל אמירה לגבוה במקום מעמ"ש והא דמהני בשכ"מ משום שלא תטרוף דעתו עליו הנה מד' המרדכי הנ"ל אפשר לדחוק כהקצה"ח. אבל מד' המרדכי בפ' הספינה משמע להדיא דמהני אמירה לגבוה כמו מעמ"ש דאמירה לגבוה הוי כמסירה להדיוט בכל חד וחד בהקנאה דילי' וכמ"ש הריטב"א בקדושין כ"ח וכיון דמלוה איתא בקנין מעמ"ש ה"נ איתא באמירה לגבוה וא"כ שפיר קושי' הרשב"א כמו שתי' התומים דמה בכך דלא הי' ברשותו מ"מ הא מצי להקדישו במעמ"ש כדאמר ר"י אגן יד עניים אנן. א"כ אף דאינו יד עניים וליכא מעמ"ש מ"מ כיון שיש אפשר ה"ל להקנות בצדקה ולכך הכריח דל"א בצדקה אמירה לגבוה ושפיר ד' התומים. ועוד י"ל דהרשב"א ס"ל כהך דיעה שהובא לקמן סעי' כ"ו בהג"ה והוא מד' המרדכי בפ' הכותב ובפ' הגוזל קמא דהלואה נקנה אגב קרקע. ועי' עוד במרדכי בפ' הספינה וא"כ יפה הק' הרשב"א דמה בכך שלא הי' ברשותו מ"מ הא מצי להקדישו באג"ק וכיון שיש באפשרי ה"ל להקנות בצדקה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי לכך הכריח דל"א אמירה לגבוה בצדקה. וכן מיישב הגאון רע"א בסי' קמ"ד שם ד' בעה"מ בפ"ד דב"ק יעוש"ה:

(ג) **צריך** למכתב לי' כו'. עי' בדברי משפט בס"ק ב' מ"ש לענין דאקני במכירת שטרות ומיישב בזה דברי הרא"ש בפ' הכותב יעוש"ה:

ד) **לא** קנה. וכ' הש"ך בס"ק ח' דהמעות הוה הלואה גבי' ובתומים בס"ק ה' השיג עליו מד' התוס' ב"מ מ"ג א' ד"ה מאי איכא כו' והאריך בזה. ועי' בקצה"ח בס"ק ד' ובנתיבות בס"ק ה' ובדברי משפט בס"ק ד' ובמקצוע בתורה ובס' ישועות ישראל בס"ק ה' ובמשכנות יעקב חחו"מ סימן ל' ובדברי חיים בדיני הלואה סי' ל' מ"ש בזה יעוש"ה:

(ה) **ואפי'** הנייר לצור ע"פ צלוחיתו לא קנה. הטעם כ' הטור בשם הרמב"ן והסכים עמו הואיל ואינו קונה השעבוד דאין קנין לחצאין והק' התומים בס"ק ו' ממ"ש הרמ"א לקמן בסוף סי' ר"ג וה"ה אם קנו באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאינו מועיל בו קנין כו' דקנה מחצה לפי דקי"ל דאת וחמור קנה מחצה הרי דאמרינן קנין לחצאין ע"כ קושי'. ומחלק בין התם להכא. ובאמת לפמ"ש הנתיבות בסי' ר"ג ס"ק ח' דלא פליגי הני ג' דיעות רק בקנין סודר דבחליפי שניהם מקנה לו הסודר ותליא זה בזה אבל בקנין אחר לא תליא זב"ז. וא"כ ניחא דאמרינן הכא הואיל ואינו קונה השעבוד אינו קונה נמי הנייר דקנין האחד לא תליא בחבירו ולק"מ קושי' התומים הנ"ל. ועי' בחידושי הרי"מ לקמן סעי' י' שהק' להך דיעה דס"ל בסי' ר"ג דקנה הכל אמאי לא אמרינן כאן דקנה הכל וכ' לחלק. ועי' בס' מלא הרועים ח"ג הנדפס מחדש בענין אותיות נקנית במסירה כלל א' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעי' ב' (ו) **אלא** צריך שיאמר לעדים כו'. בתומים בס"ק י' הק' דהטור אזיל לשיטתי' דס"ל לקמן בסי' קצ"א דשטרי דידן שטרי ראי' הם ולא שטרי קנין ואין קונין בו שדה וא"כ אף אותיות אין ניקנין דבעינן שטרי מקנה. אבל לפ"מ דהעלה המחבר שם דשטרי דידן כו' שטרי קנין הם וקונים בו שדה א"כ ה"נ אותיות יש לקנות בי' והביא קושיא זו בשם בני יעקב והניח בצ"ע. ולא ידענא מאי קשי' להו דהא דאמרינן בסי' קצ"א דאף דכתוב בי' שנתתי ושמכרתי מ"מ הוי שטרי קנין היינו משום דהאי לישנא שמכרתי ושנתתי הוי נמי לשון קנין וכמ"ש הרמ"א בתשובה סי' צ"ב הובא בנתיבות לעיל בסימן ס' ס"ק ט"ו. אבל הכא שקנו מידו בקנין שמכר לו כל השעבוד וכ' לו עדים הקנין זה הכתב אין שום משמעות על הקנין שטר רק דהוא ראי' שקנו מידו שמכר לו כל השעבוד ומש"ה זה השטר אינו כלום:

צריך

סעי' ט' (ז) **צריך** הגבהה או משיכה. בקצה"ח בס"ק ח' נסתפק לשיטה זו דשטרות נקנה במסירה להוד אם נקנה בסימטא וכ' דלפי סברת התוס' דלכך אין נקנית בסימטא מסירה כיון דיש קנין משיכה וקנין משיכה מבטלת קנין מסירה וכיון דבשטרות לא שייך קנין משיכה טו' קנה מסירה. מבא"כ לשיטת הר"ר חיים כהן דטעמא כו' משום דסימטא כל הקודם לרשותו זכה והוי רשות מוכר ולא מהני מסירה וא"כ ה"ה בשטרות כו'. מיהו הרמב"ן בחידושיו כ' דעתו נוטה דמטלטלין נמי נקנה במסירה אפי' בסימטא וא"כ לדידי' לא קשה קושיית התוס'. אבל לדידן דקי"ל דמסירה אינו קונה בסימטא א"כ ראיית התו' מכרעת דבעי משיכה בשטרות עכ"ד. הנה מ"ש דדעת הרמב"ן נוטה דבמטלטלין נמי נקנין במסירה אפי' בסימטא המעיין בחידושי הרמב"ן בפ' הספינה ע"ו א' ד"ה אי רבי כו' וז"ל ומשיכה קונה בסימטא אבל לא מסירה שבאותו רשות יכול הוא למשוך אפי' בספינה וזה דעת רבינו הגדול וישיבת קדושה רב יהוסף הלוי ז"ל והר"ר משה ובזה הסכים הר"ר שמואל הצרפתי וא"כ כ' וז"ל וזה הסברא קרובה לדברי רבינו הגדול ז"ל וקרובה אל הדעת אלא שעל רבינו ז"ל אנו סומכים עכ"ל יעוש"ה. הרי מבואר להדיא דדעת הרמב"ן מסכמת לד' הרי"ף דבסימטא אינו קונה מסירה דלא כהקצה"ח ועי' בב"י לקמן בסי' קצ"ז כ' שדעת הרמב"ן מסכמת לדעת הרי"ף והר"י הלוי וא"כ מוכרח סברת הש"ך דבאותיות כיון דלא שייך קנין משיכה הוי מסירה במקום משיכה אפי' בסימטא. שוב ראיתי בכתונת פס"ס בפ' הספינה שהשיג כן על הקצה"ח מד' הרמב"ן הנ"ל יעוש"ה:

סעיף יא (ח) **שגם** לענין קנייתו א"כ. באורים בס"ק מ"ה כ' דאם שני יב"ש ואחד יש לו שטר על לוה ומודה שאינו שלו כי אם נמכר לו מיב"ש הב' לגבי מוכר נאמן במגו. ולכ"ע דאמר הי' שלו מתחלה כו' ואי לגבי לוה בזו דעת הרב ב"ש דא"כ דס"ל מגו להוציא ול"ל דס"ל דאמרינן מגו להוציא גבי שטר שאני הכא דמודה דהשטר לא הי' שלו מתחלה רק דטוען דלקחו וע"ז אנו דנין. אבל הכנה"ג ס"ל דמ"מ ה"ל במקום שטר ואמרינן מגו להוציא עכ"ד. ובאמת אף לפ"ד הב"ש נמי לא הוי כאן מגו להוציא דהא המעות אינם של הלוה רק ליב"ש הוא חייב או לזה שהשטר בידו או ליב"ש השני וכיון דסוף סוף היפוק האי ממונא מרשות הלוה לא הוי מגו להוציא בכה"ג. ועוד דאף בלא מגו נאמן זה שהשטר בידו משום דהוא טוען ברי נגד הלוה והלוה טוען שמא ובכה"ג דסוף סוף תיפוק האי ממונא מרשות הלוה לכ"ע אמרינן דברי עדיף וכמ"ש הש"ך לקמן בסי' ל"א ס"ק י"ב וסברא זו כ' התוס' ב"ב פ"א ב' ד"ה הלא ובב"מ ל"ז א' ד"ה גזל כו' ועי' בתומים שם בס"ק ג' ובברית אברהם האה"ע סי' ל"ז ובמהר"ס מינץ סי' כ"א מ"ש בזה ובאה"ע סי' ד' סעי' ל"ד יעוש"ה והכמ"ל בזה. ועי' בנתיבות בס"ק כ"א דמשמע נמי מדבריו דס"ל דבזה אמרינן ברי ושמא ברי עדיף לכ"ע. וכן ראיתי בס' בית יהודא שהשיג כן על התומים הנ"ל דהכא לא הוי להוציא וכמ"ש. ועי' עוד בבית יהודא בסי' ל"א מ"ש והאריך בזה. אך מטעם אחר י"ל דלא הוי כאן מגו משום דהוי מגו נגד הודאות בע"ד לדעת הרשב"ם ב"ב ל"ב ב' גבי אין שטרא זייפא הוא. אבל באמת הרמב"ן שם בחידושיו השיג על הרשב"ם ועי' בקצה"ח בסי' ל"ב ס"ק ב' ובתומים בכללי מגו בסי' י"ב שכ' דלא קי"ל כהרשב"ם יעוש"ה:

(ט) **בהג"ה** מ"מ א"כ נגד הנתבע ואין הלוקח יכול לגבות כו'. בש"ך בס"ק מ"ב הק' דאמאי לא הוי הלוה משוא"מ. ותי' דמיירי שהשליש הוא קרוב או פסול וכ"כ בביאורי הגר"א בס"ק כ"ב כהש"ך ובתומים בס"ק כ"ו תמה על הש"ך דהא שטר ה"ל שעבוד קרקעות ולית בי' ש"ד כלל ולא אמרינן בי' משוא"מ עכקוש"י. וכ"כ בס' משנת דר"א במהדורא קו"ב ליישב קושי' הש"ך משום דה"ל כפירת שעבוד קרקעות יעוש"ה. ועי' בנתיבות בס"ק כ"א שהשיג על התומים דהא הלוקח א"י לגבות ממשעבדי דא"כ לענין תביעתו כשהוא ביד שליש והלוה יכול לפטור נפשו עכ"ד. וכ"כ בשעה"מ בס"ק י"ג דכאן לא הוי שעבוד קרקעות כיון דהלוקח אין יכול לטרוף מהלקוחות. אך הקצה"ח בס"ק י"ט כ' דאף בכה"י דאין בו שעבוד קרקעות נמי לא שייך דהא שטרות אימעיט מדין שבועה כיון דאין גופו ממון והכא שמעיד שזה השטר הוא נמכר לזה וזה כופר ליכא ש"ד עכ"ד. ובנתיבות בס"ק הנ"ל השיג עליו דהכא הוא עיקר תביעתו על הממון שבשטר ולא על השטר עכ"ד. ועי' במשובב נתיבות שהשיג עליו לפמ"ש בקצה"ה בסי' ל"ה ס"ק ז' דהיכא דעיקר תביעתו בא על השטר אע"ג דמן השטר יצא דמים כיון דתביעה של הדמים מחמת השטר הם בהם אין נשבעין עליהם וא"כ הנים דברינו בזה כו'. ועי' בדברי משפט בסי' ל"ה ס"ק ד' שהשיג על הקצה"ח והאריך בזה והנתיבות ס"ל כהדברי משפט ועי' בשעהמ"ש שתי' קושי' הש"ך הנ"ל עפ"ד הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א דהיכא דהשובע עצמו מודה דהנתבע א"י לכ"ע לא הוי משואי"מ. ועוד תי' מלקמן סעי' ט"ז והאריך בזה. ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק י"ח מ"ש בזה. ועי' עוד בתומים מה שהקשה על הש"ך ובנתיבות בס"ק הנ"ל מה שהשיג עליו ובברית אברהם החו"מ סי' י"ז מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף כג (י) **ומחלו** ללוה מחול. הנה דעת הרמב"ם בפ"ו מהל' מכירה הלכה י"ב דמכירת שטרות דרבנן ומש"ה יכול למחול וכן הוא דעת התוספות בכתובות פ"ה ב' ובקדושין מ"ח א' וב"ב ע"ו ב' דמכירת שטרות דרבנן. ודעת ר"ת דמכירת שטרות דאורייתא אלא לפי שיש שני שעבודים על הלוה. א' הוא שעבוד הגוף והב' הוא שעבוד נכסים ושעבוד הגוף ליתא במכירה לפי שהוא דבר שאין בו ממש והינו אלא שעבוד נכסים ונכסוהי דבר איניש אינון ערבין בי' ולכן כשמוחל שעבוד הגוף שהוא שלו ממילא נפטר הערב כיון דנפטר הלוה הובא ברא"ש בפ' הכותב סי' י' ובר"ן שם. וכן הוא דעת הרא"ש בפ"ק דקידושין סי' י' גבי מנה אין כאן משכון אין כאן כר"ת יעוש"ה. ויש עוד בזה דעת שלישית והוא דעת הראב"ד בהשגות שכ' על ד' הרמב"ם הנ"ל וז"ל לא מן השם הוא זה אלא מפני שהלוה אומר ללוקח אני לא שעבדתי לך את עצמי לפיכך אם כתב לו בשט"ח משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך א"י למחול משמכר שט"ח עכ"ל. וס"ל דאין חילוק בין שעבוד הגוף לשעבוד נכסים ומלד המלוה הי' המכירה קיים אלא אחר שהמלוה מוחל אומר הלוה ללוקח לדידך לא משתעבדנא מה לי במכירתו של המלוה וזהו נמי דעת רש"י בפ' הכותב פ"ה ב' ד"ה מחול דא"ל לוה ללוקח לאו בעל דברים דידי את עכ"ל. וזהו דעת הראב"ד. והנה הריטב"א בקידושין מ"ז ב' ס"ל כסברת ר"ת דטעמא דמוחל משום דשני שעבודים יש כו'. וכ' אח"כ וז"ל וכ"ת שבכלל הקנאת שעבוד נכסים הרשאה לתבוע ללוה א"כ כשמת המוכר תבטל הרשאה ותבטל המכירה שהרי א"י לתבוע הנכסים דהא לא יתבע הערב תחלה כו' ואיכא למימר דהלוה נעשה כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך כ"ז שלא תמחול כו' יעוש"ה. ובקצה"ח בס"ק מ"ה הק' על תי' הריטב"א דא"כ הקנה לנולדים מאי איכא למימר וכדפריך בגמ' בפ"ק דגיטין ותי' דהיינו דוקא שהלוה בפנינו ויכול לתבוע הלוה לא יתבע הערב תחלה אבל אם אין הלוה בפנינו כו' תובע ערב תחלה ולגבי לוקח השט"ח ה"ל כמו שאין הלוה בפנינו דהא לא קנה שעבוד גופו תובע הערב דהוא שעבוד נכסים עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דדוקא אם אין הלוה בפנינו גובה מלוה מערב דהא אדעתא דהכי נשתעבד ערב למלוה אם לא יהי' ללוה לשלם או שלא יהא הלוה בפנינו יגבה המלוה מהערב אבל הכא במלוה דמוכר שט"ח ללוקח והלוה הוא בפנינו ואפי"ה אין גוף של הלוה משועבד ללוקח דהא א"א למכור שעבוד הגוף ללוקח א"כ אמאי יכול הלוקח לגבות מנכסי הלוה דבענין זה ודאי אין הערב חייב לשלם כיון דהלוה בפנינו. וכן ראיתי בדברי משפט בס"ק א' שהשיג כן על הקצה"ח ועיי"ש מ"ש ליישב קושיית הריטב"א

הריטב"א הנ"ל עפ"ד הרשב"א גיטין ל' יעוש"ה. והנה השמ"ע בס"ק כ"ה כ' וז"ל וא"ד למת הלוה דגובה המלוה מנכסי הלוה דשם לא נפטר הלוה מחמת המלוה עכ"ל. והוא מד' הר"ן בפ' הכותב. ובתומים בס"ק מ"ג כ' דאינו מובן החילוק והק' מיורש שמשלם אחר מות אביו ותי' דכשירש נכסים גם הוא נשתעבד כמו אביו עכ"ד. וכ"כ הנתיבות בס"ק כ"ד כהתומים. אבל ד' השמ"ע הוא ד' הר"ן וקושיית התומים ל"ק וכמ"ש הקצה"ח ליישב בפי' ד' הר"ן ועי' בדברי משפט בסי' ק"ז ס"ק ג' דס"ל כהתומים והנתיבות הנ"ל ועי' בדברי חיים בדיני ג"מ וג"ח סי' כ"ח שהביא ראי' מכתובות ר"פ מי שהי' נשוי גבי כתובה נעשית מותר לחברתה מד' רש"י שם והאריך בזה. ועי' בס' נחל יצחק בסי' ל"ט בענין שעבודא דאורייתא מ"ש והאריך בזה יעוש"ה. ולכאורה יש להביא ראי' להר"ן מהא דמבואר לקמן בסי' ער"ה סעי' ל"א בגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו דבע"ח גובה מהם. וקשה הא כשמת הגר הלוה אין כאן שעבוד הגוף ואינו אל השעבוד נכסים וקושי' התומים הנ"ל ובהא לא שייך תי' דגם על היורש יש שעה"ג ומשועבד גופו כמו הלוה דהא בגר ליכא יורש ומוכח כהר"ן. וכן כ' לי חכם אחד ראי' זו. אבל באמת אין מזה ראי' להר"ן דהתם הוי טעמא כמ"ש הרשב"א בחידושיו לב"ק מ"ט ב' ובתשובה סי' רנ"ב וז"ל דע"כ לא אמרינן דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אלא משום דמשעת מיתת אביהם קמו נכסי בחזקת יתמי דירושה ממילא קאתיא הא לאו הכי הי' גובה כתובה וב"ח ורא' מהסיא דפ' הכותב דקאמר התם מי שמת והניח אשה וב"ח ויורשים והי' לו פקדון ביד אחר ר"ט אומר ינתנו לכושל שבהם ור"ע אומר ינתנו ליורשין כו' אלמא לר"ע כל שאינו ברשות היורשים ממש בשעת מיתת אביהם כתובה ובע"ח גובה מהם ואע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח. וע"כ לא פליג ר"ע עלי' אלא שהן יורשין וזוכין ממילא ד"ת אבל הכא גבי זוכה בנכסי הגר דבשעת מיתה לא הי' זכות אחרים מעכבת כתובת אשה וב"ח קדמו שעבודייהו וקמו נכסי ברשותייהו עכ"ל. הרי שכ' להדיא דקדמו שעבוד הב"ח על נכסי הגר קודם שזכה בהן אחר וא"כ אין ראי' משם להר"ן ושפיר י"ל כהתומים והנתיבות והד"מ הנ"ל דיש על היורשים שעבוד הגוף. ועי' במשנת חכמים בהל' דיעות סי' ז' ביבין שמועה אות ג' מ"ש והאריך בזה. ועי' לעיל סי' ל"ט ס"ק ב' שכתבתי דהמשכנות יעקב ס"ל כהתומים והש"ך שם ס"ל כהר"ן הנ"ל יעוש"ה:

(יא) **דאף** לעצמו יכול למחול כו'. בנתיבות בס"ק ל"ג הביא קושיית העולם ע"ז מהא דב"ק פ"ט שהביא לסייע לתקנת אושא מברייתא שמעידין אנו שגרשה ונתן כתובתה דאינן משלמין רק ט"ה כתובתה וא"א ליתא לתקנת אושא לזבני לגמרי ולדיעה זו קשה דהא אפי' אי אמרת ליתא לתקנת אושא לא מצי מזבני לגמרי דהא מ"מ אם מתה הבעל יורש הוא וימחול ויפסיד ולא יצטרך לשלם. ותי' דהא מבואר באה"ע סי' צ' דהבעל אינו יורש מלות אשתו כמו בבכור רק מה שהלוה אחר הנישואין הוא שלו מכח תקנת אושא ובמלוה שעמו פליגי. וא"כ אי ליתא לתקנת אושא ממילא לא עדיף הכתובה ממלוה שעמו דפליגי. וא"כ עכ"פ האי כתובה בר מכירה הוא ואפי' אי מתה ואמאי קאמר מתניתין רק ט"ה א"ו דאיתא לתקנת אושא ושפיר מסייע לו והביא ראי' לזה כו'. ועוד כ' ליישב קושי' העולם וגם ליישב קושי' התוס' ד"ה אמר כו' דלכאורה קשה אמאי אין משלמין כל דמי הכתובה דהא התוס' מכות ג' א' ד"ה מעידין תי' דהא האשה אמרה גרשתני ומחלה. וא"כ לפ"ז קשה דהא הכא אומר גרשתי ונתתי כתובתך א"כ לולא העדים הי' הבעל נאמן במה שאמר גרשתי ובמה שאמר נתתי כתובתך לא הי' נאמן דהא שטר כתובה בידה כו'. וא"כ העדים זוממין הפסידו כתובתה ועכצ"ל כיון שהיא אומרת לא גרשתני ואינו מחויב ליתן לה כתובה מיד ובמקום שסני הודאות מכחישין אהדדי אזלינן בתר המוחזק כו'. ולפ"ז ל"ק קושיית העולם כו' דהא מבואר בסי' ר"פ בהא אמר שמעון אין זה אחי דאזלינן

ואו

בתר הודאה של מי שאמר אין אני יורש ה"נ אזלינן בתר הודאת הבעל שהודה שאינו יורש בשלמא כשנאמר שהבעל לוקח האי מחיים אם כן הוי כתובע לבעל ואזלינן בתר הודאת האשה. משא"כ אם נאמר שהבעל הוא רק יורש לאחר מיתה אזלינן בתר הודאת הבעל שאינו יורש ולפ"ז לא מניא להקשות ממתניתין דשם אדרבה הבעל טוען שלא גירשה ואין האשה נאמנת נגדו לומר גרשתני וכיון שאין הבעל מוציא עצמו מחזקת יורש לא הי' יכול הש"ס להקשות דתזבין כתובתה לגמרי דהדר קושיית העולם לדוכתא דהא הבעל יורש וימחול לעצמו עכ"ד הנתיבות. והנה תי' הא' אינו לפמ"ש בהפלאה בכתובות מ"ז ב' ד"ה אמר דהא דתקנו קבורתה תחת כתובתה היינו דהי' התקנה דבעל יורש לנכ"ב כולו דלא הוי ראוי המחלה וא"כ הדרא קושיית העולם לדוכתא דיהי' יכול למחול לכל הנכ"ב מצד התקנה דתקנו דיורש לכל הנכ"ב דאל"כ תקשי איך יורש לנכ"ב כולו וע"כ מוכח כד' הפלאה הנ"ל. וכן מוכח מד' התוס' שם מ"ח א' ד"ה כתב דהביאו הספרי בפסק מעות לבתו ומתה כו' דדש בזה דין ירושת הבעל ותקשי דהא ה"ל ראוי וע"כ מוכח כהפלאה הנ"ל דבנכ"ב לא שייך לומר דה"ל ראוי דאף דהוי ראוי עכ"ז יורשה ועי' באה"ע סי' צ' בח"מ ס"ק ח' ובב"ש שם בס"ק ט'. ועי' בחוות יאיר בסי' קכ"ב מ"ש בזה. וא"כ הדרא קושי' העולם הנ"ל לדוכתא וכן ראיתי בס' נחל יצחק בס"ק ז' שהשיג על הנתיבות מד' הפלאה הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. ועוד קשה לי על הנתיבות דאפי' אי נימא כדבריו דבנכ"ב נמי הוי ראוי ודלא כהפלאה הנ"ל מ"מ עדיין קשה דהא אנן קיי"ל דאם מייחד לה קרקע או משכנות קרקע במלוה אף במלוה שביד אחרים חשיב מוחזק ויורש החוב הזה. ומכ"ש במלוה שעמו בכה"ג שאם ייחד לה קרקע הוא מוחזק ויורש הכל וא"כ הדרא קושי' העולם לדוכתא דהרי הבעל יכול לייחד לה שדה בכתובתה וימחול לעצמו. ואף שיש ליישב זה מ"מ משמע דלא כהנתיבות. ועל תי' הב' קשה לי דמה שכ' דהוה תרי הודאות דסתרי אהדדי דאזלינן בתר המוחזק ואזלינן בתר הודאת האשה ובזה חילק בין כשהבעל יורש או לוקח לא נהירא לי דהא דאמרינן כשב' הודאות סתרי אהדדי אזלינן בתר הודאת הנתבע הייט דוקא כשב' הודאות באו מכח הודאת בע"ד שפיר מוקמינן בחזקת המוחזק אבל הכא הודאת האשה היא מכח הודאת בע"ד כמאה עדים דמי והודאת הבעל אינו אלא מכח מגו דבידו לגרשה. א"כ כיון דלגבי דידה אף אם יהי' מאה עדים שגרשה הוה הודאתה שאומרת שלא גרשה הודאה לגבי הכתובה מטעם דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי. משא"כ הודאתו אינו אלא מכח מגו וא"כ בודאי לעולם אזלינן בתר הודאתה אף אי ליתא לתקנת אושא דהודאתה עדיפא מהודאתו והבעל הוא יורש ולא לוקח ויכול למחול לעצמו והדרא קושי' העולם לדוכתא: שוב מצאתי בנתיבות עצמו בסי' ר"פ ס"ק ג' שמחלק כן לענין הודאת בע"ד יעוש"ה וסותר ד"ע. וראיתי בשעסמ"ש בס"ק כ"ה שהקשה נמי קושי' זו. ותי' עפ"ד הנ"י בפהס"ב על מתניתין דהי' שנים מעידין אותו כו' והריטב"א בפ"ק דמכות דאף בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה והא הכא אם הוזמו הוי כאשר עשה דהא הוחזק בממון וזכה בו מיד. ועכצ"ל דמיירי שהבעל ייחד לה ומסר לה מטלטלין לכתובה כו' ומיירי שהב"ד גומרין את הדין ועדיין לא החזירה האשה המשכון שהוא ת"י ולכך הוי כאשר זמם ולא כאשר עשה וחייבין העדים לשלם. ולפ"ז ניחא דהש"ס פריך שפיר דאי ס"ד דליתא לתקנת אושא תזבין כתובתה לגמרי ואמאי ירשנה בעלה ואי משום שהבעל יורש אשתו ימחול לנפשי' זה ליתא. דכיון דמיירי הכא שיש משכון בידה יכולה למכור הכתובה לאחר ושוב א"י למחול כו'. וא"כ כיון דמניא האשה למכור את הכתובה לגמרי יהי' העדים חייבים בדמי כל הכתובה א"ו דאיתא לתקנת אושא כו'. ומתרץ בזה קושי' התוס' ד"ה אמר. ומסיים לבסוף אך לפ"ז לשיטת הסוברין דבמתנן כיון דאיתא בחזרה לא שייך כאשר עשה א"כ מוכח מהש"ס שהבאתי דהיכא שהוא מוחל לנפשי' מ"מ צריך לשלם מדינא

דגרמי

דגרמי וכן הוא שיטת רוב הפוסקים עכ"ד. ואין דבריו נכונים דהא התוס' ס"ל בב"ק ד' נ' ד"ה ועדים דבממון אמרינן כאשר עשה והם כ"ל בכתובות י"ט א' ד"ה וכגון דאף לעצמו יכול למחול והתומים בס"ק מ"א הוכיח מהתוס' דא"ל לשלם כלל מדינא דגרמי כשמוחל לעצמו אלמא דאפי' מאן דס"ל דבממון אף כאשר עשה מ"מ ס"ל דבמוחל לעצמו א"צ לשלם מדד"ג ודלא כהשעהמ"ש שכ' דמאן דס"ל בממון אף כאשר עשה מוכח דס"ל דצריך לשלם מדד"ג במוחל לעצמו והא מוכח מד' התוס' הנ"ל דלא תליא זב"ז דאפי' אי אמרינן בממון אף כאשר עשה אפי"ה א"צ לשלם מדד"ג במוחל לעצמו וא"כ הדרא קושי' השולם הנ"ל לדוכתא. ונ"ל לייסב לפ"ד הפוסקים דמכירת שטרות דרבנן וס"ל דה"ט דשמואל דיכול למחול משום דהוי דרבנן י"ל דאין ביד היורש למחול אלא היכא שהוא יורש דאורייתא. אבל בעל לשיטת הפוס' דס"ל ירושת הבעל דרבנן לא אלימי רבנן להפקיע כח שיש להלוקח שקנה השטר אף שאינו זוכה אלא מדרבנן הלא כל זכותו של בעל אינו אלא מדרבנן ליורשה בנכסי אשתו. וא"כ י"ל דהברייתא ס"ל כפי הלכה דירושת הבעל דרבנן ומש"ה הוכיח הגמ' שפיר דאיתא לתקנת אושא דאי ליתא לתקנת אושא אמאי ירשנה בעלה תזבין כתובתה לגמרי. וא"ל ימחול לעצמו כדין יורש מוחל ז"א דכיון דירושת הבעל דרבנן אין בכוחו לבטל מכירת השטר כתובתה דמאי אולמא כוחו מכח הלוקח. וכן י"ל דהנך פוס' דס"ל הטעס דמוכר שט"ח יכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן י"ל דאין ביד היורש למחול אלא היכא שהוא יורש מדאורייתא. אבל כתובה לשיטת הפוס' דכתובה דרבנן לא אלימי רבנן להפקיע כח שיש להלוקח שקנה השטר ואף שאינו אלא מדרבנן הלא כל זכותו של בעל אינו אלא מדרבנן. וא"כ י"ל דהברייתא סובר דכתובה דרבנן וכן הוא דעת הרמב"ם דכתובה דרבנן. ומש"ה הוכיח שפיר דאיתא לתקנת אושא דאי ליתא לתקנת אושא אמאי ירשנה בעלה תזבין כתובתה לגמרי. וא"ל דהבעל ימחול לעצמו כדין יורש מוחל ז"א דכיון דכתובה אינו אלא מדרבנן אין בכוחו לבטל מכירת השטר כתובתה דמאי אולמא כוחו מכח הלוקח וא"ש הוכחת הש"ס. ומיושב בזה קושי' התוס' שם דאמאי לא הק' ממתניתין דמכות מעידין אנו כו' דממתניתין ליכא לאוכוחי דאיתא לתקנת אושא דקי"ל כהס מתניתין ר"מ ור"מ ס"ל בבכורות נ"ב ב' דירושת הבעל דאורייתא וכן ס"ל בכתובות נ"ו ב' דכתובה דאורייתא ולדידי' אף אי ליתא לתקנת אושא כשמוכרת והיא מתה דבחיי הבעל מוחל הבעל לעצמו ומפטר מן הלקוחות. אבל הברייתא ס"ל כפי הלכה דירושת הבעל דרבנן ושפיר הוכיח הגמ' דאיתא לתקנת אושא וכמ"ש. וכן ראיתי בבית יהודה שכ' נמי לייסב על דרך זה והאריך בזה. ושוב ראיתי בס' חמדת צבי בב"ק שם שכ' נמי לייסב על דרך זה והאריך בזה וא"כ כ' עוד ב' אופנים לייסב קושי' הנ"ל יעוש"ה. ועי' בס' מקצוע בהורה בס"ק ס"ה מ"ש בזה. ועי' בנתיבות בס"ק כ"ד שכ' דאף דקיי"ל דאפי' יורש יכול למחול מ"מ אם מכר שט"ח לחבירו ומת לוה בחיי מלוה וא"כ מת מלוה כו' בכה"ג אם יתמי מלוה מוחלים החוב ליתמי לא מהני מחילתם כו'. ועי' בדברי משפט בס"ק י"ב שהשיג עליו מד' הב"ש באה"ע סי' נ"ו ס"ק ד' כו' והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף לח (יב) **ויש** חולקין כו'. עי' בש"ך בס"ק קכ"ב שהאריך בד' הרא"ש לענין אי הלכה כר"נ בדיני אף נגד שמואל. ועי' בשעה"מ בפ"ו מהל' נחלות הל' ד' וביד מלאכי בכללי ההא אות קס"א ואות קס"ג מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף לט (יג) **אם** היתה שם טענת ודאי כו'. בש"ך בס"ק קכ"ה כ' בשם הריטב"א דמגו לאפטורי משבועת היסת לא אמרינן לכ"ע וכ"כ הש"ך בסי' ל"ה ס"ק י"ז ובתומים בסי' ל"ה ס"ק ו' הביא ראי' משבועות מ"א א' לליסנא בתרא דלא חייב ר"נ אלא בטומר לויתי ופרעתי אבל לא בטומר להד"ס. וקשה הא יש לו מגו דלהד"ס. וצ"ל דאף דיש לו מגו לא תיקן ר"נ היסת עכ"ד. וכן הביא ראי' זו בס' מקצוע בהורה בס"ק ל' ולא ראה ד' התומים אלו שכבר הקדימו בזה. ובאמת אין זה ראי' דהתם מיירי שיש עדים שהודה בפניהם ומש"ה אין לו מגו וכן השיג בשערי בינה שער י"ג אות ה' על התומים יעוש"ה. וכן מוכח מיו"ד סי' קס"ט סעי' כ"ה והוא מד' הרא"ש בתשובה דפ' דאם טען הנתבע טענות בהיתר לקחתי הרבית א"צ שבועה ואם טוען להד"ס צריך שבועה. וכ' הב"י הטעם הובא בבאר הגולה שם בס"ק מ"ח דמש"ה לא מהימן במגו דהי' בהיתר משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. והק' הט"ז שם בס"ק ל"ו דהא הרא"ש ס"ל בסי' ל"ג דאמרינן מגו לאפטורי משבועה ולפ"ד הש"ך הנ"ל ניחא דמגו לאפטורי משבועת היסת לכ"ע ל"א. וכ"כ בחידושי רע"א שם דלפ"ד הש"ך הנ"ל ניחא. והט"ז ס"ל דאין חילוק ולהפוס' דס"ל דאמרינן מגו לאפטורי משבועה ה"ה בהיסת נמי אמרינן מגו לאפטורי. וכן ס"ל להט"ז לקמן בסי' ל"ה ס"ק י"א דאין חילוק בין היסת לש"ד ועי' בשעהמ"ש בסי' ל"ה ס"ק ה' שהביא ראי' להש"ך מהתוס' ב"ק קי"א א' ועי' עוד בשעהמ"ש בסי' קמ"ו ס"ק י"א ובשערי דיעה בסי' קס"ט ס"ק י"א ובדרוש וחדוש מהגלון רע"א בכתובות פ"ה א' ד"ה איה לך ובס' נחל יצחק בסי' ל"ה ס"ק ב' מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק ג' מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף מ' (יד) **אם** הי' ש"ש כו'. עי' בשעהמ"ש בס"ק ל"ב ובתרומת הכרי ובבית יהודא ובמקצוע בהורה ס"ק פ"ט ל' ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' כ"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן סז

סעיף ג' (א) **משמטת** פלגא שהוא מלוה. בתומים בס"ק ו' כ' דמהר"ס ס"ל כשיטת ר"ב בהגהות מרדכי האחרונה לב"מ דחולק אהך דינא של ר"י כו' והרי הוא לגמרי מוחזר עכ"ד. והנה נ' מדבריו דכ' כן מסברת עצמו ובקצה"ח בס"ק ב' הביא בשם הגהות מרדכי בהדיא דמהר"ס בר ברוך חולק ארבינו יצחק. והנה ראיתי בהגהות מרדכי גופא שם כ' בזה הלשון וה"ר ב"ר ברוך חולק על רבינו יצחק עכ"ל. והנה התומים הי' גורס והר"ר ברוך כיון דלא כ' בהדיא והר"מ בר ברוך ומש"ה כ"כ מסברא דנפשי' דהר"מ ס"ל דרבינו ברוך חולק על רבינו יצחק. אבל הקצה"ח גורס והר"מ ב"ר ברוך כיון דכתיב ב"ר מש"ה גורס והר"מ ב"ר ברוך כנ"ל:

סעיף ט' (ב) **אבל** אם התנה כו'. עי' בלח"מ בפי"ג מהל' מכירה הל' י"ג שהק' מ"ש זה מאמר ע"מ שאין לך עלי אונאה כו' ועי' בתומים בס"ק י"ד ובחידושי הרי"מ ובתפארת יעקב ובדברי חיים בדיני אונאה סי' ב' מ"ש לייסב זה יעוש"ה:

סעיף י' (ג) **וקבעו** לו זמן לי' שנים כו'. בפ"ק דמכות ג' ב' איתא בש"ס תרי ליסנא. במלוה את חבירו לי' שנים אי שביעית משמטתו או לא וכ' הרא"ש שם וכיון דשביעית בזמה"ז דרבנן ספיקא דרבנן לקולא ואין שביעית משמטתו. והק' הב"י הא בספיקא דממונא נקטינן בכל דוכתי קולא לנתבע והיכא אמרינן הכא קולא לתובע להוציא ממון. ותי' כיון דעיקר אתשיל לענין שביעית דהוא איסורא ואמרינן ספיקא דרבנן לקולא ואף להוציא ממון עכ"ד. וקשה לי מהא דאמרינן בגיטין ל"ז א' ההוא שטרא דהוה כתיב בי' אחריות נכסים אתא לקמי' דר' אסי א"ל משמט או אינו משמט א"ל אינו משמט שבקי' ואתא לקמי' דר"י א"ל משמט אתא ר"א לקמי' דר"י א"ל משמט או אינו משמט א"ל משמט והא מר הוא דאמר אינו משמט א"ל וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה: ופרש"י נעשה מעשה להוציא ממונו בידים עכ"ל. ואמאי לא הא ס' בשמיטה אזלינן לקולא ואמרינן דאינו משמט ומוציא ממון לדעת הרא"ש וצ"ל לדעת הרא"ש דהיינו דוקא היכא דהיכא תרי ליסנא ולא ידעינן כמאן לפסוק בזה אמרינן דספיקא דרבנן לקולא ואף להוציא ממון. אבל הכא

הכא אמר וכי שאנו מדמין ולא שמעו מרבותינו נעשה מעשה להוציא ממון דלמא הוה הלכה ודאי דמשמע ואין כאן שום ס' בדבר איך יכולין להוציא ממון ולא דמניא לתרי ליפנא. ועי' בשעה"מ בס"ק ד' מ"ש ליישב קושי' הב"י הנ"ל בשם אחיו ע"פ קושי' מהר"י באסין שהובא בכנה"ג בכללי קים לי כו' ולבסוף הק' השעה"מ על ד' מהר"י באסין דלפ"ד תקשי הא דקי"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור ואמאי אינו חייב לשלם משום ס' גזל דספיקא דאורייתא לחומרא ולגבי התובע ליכא ס' כלל דהא הוא טוען ברי וכל אדם נאמן באיסורים כו'. א"ו דלענין ממון לא אמרינן ספיקא דאורייתא לחומרא כיון דילפינן מקרא דהממע"ה עכ"ד. הנה מ"ש דילפינן מקרא דהממע"ה לא נהירא דהא קאמר הגמ' בב"ק מ"ו ב' דקרא אתא לדר"כ אמר רבה בר אבוהו דנזקקין לתובע תחלה והממע"ה אתיא מסברא דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא וכדקאמר הגמ' שם. ומה שהק' באומר א"י א"כ אמאי אינו חייב לשלם הא התובע טוען ברי והנתבע שמא. כבר הק' קושי' זו התומים בקיצור ת"כ סי' מ"ג על מהר"י באסין ותי' דעל הנאי זה נאמר הלאו דלא תגזול דוקא בודאי ולא בס' והאריך בזה. ועי' עוד בשעה"מ בס"ק ב' ובבית יהודא מ"ש בזה ועי' לעיל בכללי הפיסה סי' ד' מה שכתבתי בזה יעוש"ה:

סעיף יב (ד) **אינו** משמע מה שכנגד המשכון. בתומים בס"ק י"ג הק' לשיטה זו הא דאמרינן במכות ג' ב' בהך משנה אומדים כמה אדם רוצה ליתן בין ליתן מכאן ועד ל' יום ובין מכאן ועד י' שנים ופריך הגמ' כולו בעי שלומי למ"ד דהלוהו לי' שנים שביעית משמטת ומשני הב"ע במלוה על המשכון ובמוסר שטרותיו לב"ד. וקשה אם המשכון ביד המלוה א"כ מה הפסידו עדים דאמרו מכאן ועד ל' יום הא כיון דהמלוה טוען עד ל' יום ולא יותר הא נאמן בכדי דמיהן על המשכון. ודוחק לומר דיש כאן עדי משכון ועדי ראה דא"כ יאמרו עדי משכון על זמן מה הסכינו בשלמא על מוסר שטרותיו לב"ד לא קשה כו' עד באמת משמע. קשה בשלמא להך דיעה דאפי' יותר מכדי המשכון אינו משמט לק"מ דלקה ממנו מחט במנה הלואה וא"כ נאמן לומר הלוה דהי' על י' שנים דל"ל מגו דלקוח דהא אינו שוה יותר מדמי פרוטה ומ"מ אינו משמט אלא לדיעה קמייתא קשה עכקוש"י. וכ' ליישב דהנה מבואר לקמן בסי' ע"ב סעי' י"ד בהג"ה דהלוה שאמר למלוה על המשכון פרעתיך כך וכך והמלוה אומר אמת פרעתני אבל א"י כמה הלוה נאמן במה שאומר דמלוה על המשכון אין לו רק שעבוד והוה כאלו הוא התובע ואין אדם מוציא מאחר בטענת ספק והוא מתשובות הרשב"א סי' אלף מ"א ותשובות הרמב"ן סי' פ"ה. וא"כ י"ל דמיירי שאמר המלוה א"י עד כמה הלוה דבהא הלוה נאמן. אך כיון דאיכא עדים דאמרו מכאן ועד ל' יום שוב אין הלוה נאמן וכי הדר ואתו סהדי ומתזימו להו חייבין לשלם דהא אין יכולין לומר מאי אפסדתיך דהא כל ההפסד של הלוה הוא מהם דהא בלא איניהו הי' הלוה נאמן כיון דהמלוה א"י. ושוב ראיתי בשאגת ארי' במכות שם שתי' כן והאריך בזה יעוש"ה. ועוד י"ל דהא קושי' התומים הוא רק להך דיעה דס"ל דאינו משמט רק מה שכנגד המשכון אבל להך דיעה דס"ל דאף היתר על המשכון אינו משמט לק"מ וכמ"ש התומים בעצמו. וא"כ הא הכא קאי אליבא דשמואל ושמואל ס"ל בירושלמי הובא ברא"ש בפ' השולח סי' ט"ז דאפי' על המחט אינו משמט כל המנה. וא"כ שפיר י"ל דמיירי שהלוהו מנה ונתן לו מחט למשכון דא"כ המלוה רק נגד המחט אבל נגד כל המנה הוץ ממחט א"כ המלוה ונאמן הלוה ומ"מ אינו משמט כנגד כל המנה וכי אתו סהדי ואמרי עד ל' יום א"כ הלוה וכי אתו סהדי ומתזימו להו חייבין לשלם דהא אין יכולים לומר מאי אפסדתיך דהא כל ההפסד הוא מהם דהא בלאו איניהו הי' הלוה נאמן נגד כל המנה חוץ מדמי המחט. והנה התומים בעצמו תי' כעין זה אך הוא תי' משום דשמואל ס"ל בפ' שבועות הדיינים מ"ד א' דאבד קתא דמגלא אבד אלפי זוזי ולא ידענא אמאי לא הביא ד' שמואל מירושלמי הנ"ל דס"ל גבי שמיטה גופא דאפי' על המחט אינו משמט כל המנה. ובזה ניחא לי ליישב מה שהקשיתי מכבר לפי שיטת הריטב"א בפ"ק דמכות והובא בנ"י בפ' חזה"ב כ"ו גבי מתניתין דהי' שנים מעידים אותו כו' דאף בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה ועי' במשל"מ בפכ"א מהל' עדות הל' ד' מ"ש בזה. א"כ הכא דמתרץ הגמ' דמתניתין מיירי במלוה על המשכון והא הוה כאשר עשה. אבל לפמ"ש ניחא דהכא קאי לשמואל ושמואל ס"ל דאפי' הלוהו על המחט אינו משמט כל החוב וא"כ לא מקרי כאשר עשה דבחוב היתר על המשכון לא הוה המלוה מוחזק כנ"ל:

סעיף טז (ה) **משעת** העמדה בדין. וכ' הסמ"ע בס"ק ל"א דמיירי דלא כתבו לו פס"ד דאל"כ קשה מ"ש מהא דכ' לעיל סעי' ה' כו' דהוי כגבוי ואינו משמט עכ"ד. וקשה דמאי שייך פס"ד בזה הא אין דנין דיני קנסות בבבל ואיזה פס"ד יתנו לו ולפמ"ש השעה"מ לעיל בסי' א' ס"ק א' להסתפק אי מהני קבלה בדיני קנסות כו' י"ל דמיירי הכא דקבלו עליהם. אך לפי מה שהוכחתי לעיל בסי' א' ס"ק ה' דלא מהני קבלה בד"ק יעוש"ה קשה ול"ע:

סעיף לג (ו) **נאמן** אדם לומר פרוזבול הי' לי ואבד. הטעם משום חזקה דלא שביק היתירא ואכיל איסורא. והק' השעה"מ בס"ק ט' דל"ל הטעם משום חזקה תיפוק לי' דהא בלא"ה חייב הלוה משום דהוי א"י אם פרעתיך עכקוש"י. והאריך בזה ליישב. ונ"ל ליישב דיש ב' טעמים על מה שא"י אם פרעתיך חייב. הדא משום דהוי ברי בחובה וספק בחזרה ואין ספק מוציא מידי ודאי וכן ס"ל להשעה"מ ומש"ה מקשה שפיר. אבל יש עוד טעם משום דמוקמינן על החזקה דלא נעשה דבר מחודש והוא מעשה הפרעון וכמו דאמרינן לקמן בסי' רמ"א סעי' י' גבי תנאי חילוק דאם הוא בקום ועשה על המקבל להביא ראי' ואם הוא בשב ואל תעשה על הנותן להביא ראי' והובא זה בש"ך לעיל בסי' מ"ו ס"ק ק"א. ועי' בתוס' גיטין ל"ג א' ד"ה ואפקינהו ובמהרי"ט ח"א סי' קנ"ב ובקצה"ח בסי' רמ"א ס"ק ד' ובשעה"מ בסי' מ"ו ס"ק י"א ובס' תפארת יוסף חחו"מ סי' ה' מ"ש בזה יעוש"ה. אלמא דאמרינן דלא נעשה דבר מחודש וה"נ בא"י א"פ אמרינן דלא נעשה דבר מחודש. וא"כ להאי טענה ניחא דהכא אדרבה יש לנו לומר חזקה להיפוך דלא נעשה מעשה הפרוזבול ע"כ אין זה דומה לא"י א"פ משום דכל הטוען דבר מחודש עליו להביא ראי' משום דאוקי החזקה דלא נעשה דבר זה. והשעה"מ ס"ל כטעם הראשון. אבל לפי הטעם הב' שכתבתי ניחא ולק"מ קושי' השעה"מ הנ"ל ואכע"מ להאריך בזה. ושוב ראיתי בס' נחל יצחק בס"ק ב' שתי' כעין זה ועי' בס' משנת דר"א מה שהק' על דין זה ועי' עוד בשעה"מ בס"ק י' מה שהק' על הרמב"ם דהא עכ"פ מצריכינן לשואלו דכל חזקה דאפשר לברורי מבררינן כו' עכקוש"י. ועי' בבית יהודא מ"ש ליישב קושי' זו והאריך בזה יעוש"ה:

סימן סח

סעיף א' (א) **שתותמים** עובדי כוכבים פסולים. בתומים בס"ק ה' ובקצה"ח בס"ק א' הביאו ד' המרדכי והגהות אשר"י בפ"ק דגיטין בשם ספר החכמה ורבינו יקר דעובדי כוכבים כשרים מן התורה לעדות אם נודע דלא משקרי וכ' דכן הוא דעת רש"י בפ"ק דגיטין ט' ב' ד"ה חוץ. אבל מסקנת הגהות אשר"י שם דעובדי כוכבים פסולים לעדות מה"ת והובא דבריו בסמ"ע לעיל בסי' ל"ד ס"ק מ"ח ועי' בתוס' ב"ק פ"ח א' ד"ה והא: משמע נמי דס"ל דפסולים לעדות מה"ת. וכן הוא דעת הרמב"ם בפ"ט מהל' עדות הל' ד' וכן משמע נמי מפשטות ד' הגמ' בב"ק ט"ו א' דפסולים לעדות מה"ת יעוש"ה. שוב ראיתי בב"י בסי' ל"ד

מחודש

מחודש כ"ב שתמה על הכ"ר יקר מד' הגמ' דב"ק ועי' בהגהות דרישה ופרישה שם מ"ש בזה. ומצאתי בירושלמי בפ"ק דשבת הל' ד' גבי י"ח דבר דקאמר דעדות עובדי כוכבים נמי מגזירת י"ח דבר הוא יעוש"ה. ועי' בקרבן עדה שם שהק' דלמה צריך למגזר דהא מה"ת הם פסולים לעדות דעובד כוכבים לאו אחיו הוא ובאמת הא דעת רש"י והפוסקים הנ"ל דאינם פסולים רק מדרבנן. וצ"ל לדידהו כמו שתי' בחת"ס ספר באה"ע ח"א סי' ל"ה דאחיו לא כתיב רק גבי הזמה אלא דממילא לא יעיד משום דהוה עשאח"ל. וא"כ מאחר שבטלו דו"ח בד"מ ולא בעי' יכול להזימה עובד כוכבים כשר לעדות ד"מ עכ"ד והאריך בזה. וא"כ ניחא נמי הירושלמי הנ"ל דמיירי בד"מ לאחר שבטלו דו"ח דכשרים לעדות מה"ת מש"ה קאמר הירושלמי דגזרו בגזירת י"ח דבר. ועי' בירושלמי בגיטין פ"א הל' ד' ובמנחת חינוך מצוה ע"ה אות ב' ובקומץ מנחה שם מ"ש בדעת החינוך. ועי' בגרש ירחים בגיטין שם ד"ה חוץ כו' מ"ש בזה. וא"כ לענין דינא כ' דאינם פסולים רק מדרבנן וכמו שמפורש בירושלמי הנ"ל. וא"כ אם קדש אשה בפני עובדי כוכבים דנודע דלא משקרי צריכה גט כיון דאינם פסולים אלא מדרבנן וכמ"ש הרמ"א בסי' ל"ג סעי' ב' כנ"ל:

סימן סט

סעיף ב' (א) **ולא** מן הלקוחות. בסמ"ע בס"ק ה' כ' הטעם משום דל"ל קלא וגם חיישינן לקנוניא ובש"ך בס"ק ו' השיג עליו דמאי קנוניא שייך כאן כו'. ובתומים בס"ק ב' תמה על הש"ך דדברי הסמ"ע הם כפשטן דאנן טענינן ללקוחות פרוע דהא נאמן על כת"י לומר פרוע ואי דהלוה לא שפן לאו כל כמיני' לחוב לאחרים בהודאתו כו' דטוענין ללוקח פרעתי אף שהחייב מודה עכ"ד. ובנתיבות בס"ק ג' השיג על התומים. וכ' דכונת הש"ך דמקשה מדעת הרמ"ה שהביא הרב בהג"ה דא"כ לומר פרעתי והא דא"נ ללקוחות הלכה פסוקה היא וכ"ע מודים בזה ולא א"ש הטעם דקנוניא עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דהא הסמ"ע כ' דבריו אהמחבר והמחבר ס"ל דיכול לטעון פרעתי על הכת"י ושייך שפיר החשש דקנוניא וכמ"ש התומים הנ"ל ולהרמ"ה שהביא הרב בהג"ה לא קאי רק הטעם משום דל"ל קלא אבל להמחבר שייך שפיר הב' טעמים. וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג כן על הנתיבות. וגם השיג על התומים וכ' דדברי הש"ך נכונים והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בשעה"מ בס"ק א' ובס' משנת דר"א מ"ש בזה:

(ב) **בהג"ה** וי"א דא"י לומר פרעתי על הכת"י: עי' בש"ך בס"ק י"ד שהאריך בזה ופי' דיכול לטעון פרעתי על הכת"י ועי' בס' מקצוע בתורה בס"ק י' שהשיג על הש"ך והאריך בזה והק' משבועות מ"ה ב' דאמר רב בשכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך מעולם יכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך. ופריך רבא שבועת שומרין דחייב רחמנא היכא משכחת לה מתוך שיכול לומר החזרתי יכול לומר נאנסו ומשני דאפקיד ליה בשטר. וקשה הא לרב ושמואל קיימינן וס"ל דשעבודא לאו דאורייתא וליכא מיאוס שטר שיגבה ממשעבדי וא"כ מאי מהני השטר שלא יוכל לטעון החזרתי כו' דלא שייך סברת הש"ך כיון שיש שטר עליו אינו מניחו בידו כיון דליכא מיאוס שטר לא זילי נכסי א"כ הדרן דמ"מ א"י לטעון החזרתי עכקוש"י. ובאמת לק"מ לפמ"ש הש"ך לעיל בסי' ל"ט ס"ק ב' בשם הרשב"א דהיכא דשעבדו בפירוש לכ"ע ש"ד ועי"ש בס"ק ב' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. א"כ י"ל דהגמ' הנ"ל מיירי דכתב השעבוד בפירוש בזה אף לרב ושמואל שע"ד. וכן לפמ"ש התוס' רי"ד בקידושין י"ג א' דג' מחלוקות יש בדבר ורב ושמואל ס"ל דדוקא במלוה ע"פ שעל"ד. אבל במלוה בשטר ש"ד. ועי' בשעה"מ בפי"ט מהל' מלוה הלכה ה' שכ' דגם לרש"י בקידושין שם ס"ל כהתוס' רי"ד ועי' בפ"י ובהמקנה שם ובמגלה הרועים אות ש' ס"ד סי' ל"ה מ"ש בזה יעוש"ה. וא"כ י"ל דהש"ך וכל הפוסקים דס"ל דיכול לטעון פרעתי על הכת"י ס"ל נמי כהתוס' רי"ד. וא"כ שפיר משני הגמ' דאפקיד ליה בשטר דבזה אף לרב ושמואל ש"ד. ומש"ה א"י לטעון החזרתי ושפיר ד' הש"ך ולק"מ קושי' המקצוע בתורה הנ"ל:

(ג) **או** שטוען אמנה היתה. עי' בנתיבות בס"ק ז' מ"ש לענין טענת נפילה ומחלק בין מגו להפה שאסר ועי' לעיל בסי' כ"ג ס"ק ג' ובסי' נ' ס"ק א' מה שכתבתי בזה יעוש"ה:

(ד) **ואם** כתב בו נאמנות כו'. בש"ך בס"ק י"ז הביא בשם אביו ראי' להע"ש בסי' מ"ח מהא דאמר בכתובות כ' א' דלמא משכח אינש דלא מעלי כו' ואי ס"ד שיהא חייב על חתימת חלק אמאי צריך לכתוב עליו מאי דבעי הלא בלא כתב נמי יכול לתובעו כמה שירצה א"ו היכא דלא כתב אמרינן דלמא מלא שמים בסוף מגילתא ומאי דלא חיישינן לנפילה היינו היכא דליכא עכ"ד. וקשה דהא בעל המימרא בכתובות שם הוא אביי ואביי אזיל לשיטתי' דס"ל ב"ב קע"ב ב' דלנפילה דרבים חיישינן וא"כ לשיטתי' י"ל דחתימה חלקה לא מהני דשמא נתנו לאחר ומהאחר נפל. אבל לדידן דקי"ל כרבא דאף לנפילה דרבים לא חיישינן שפיר י"ל כהסמ"ע דגובה בחתימה חלקה ואין ראי' מזה להע"ש. וכן הק' לי חכם אחד וכן ראיתי בהגהות מהגאון בעל ישועות יעקב הנדפס מחדש שהק' קושי' זו ועי' בבית שמואל אחרון בחו"מ סי' ו' שהק' נמי קושי' זו ומכח קושי' זו דחה ד' הש"ך יעוש"ה. ובאמת לק"מ דהא כתב הש"ך בס"ק הקודם דהיכא דאית לי' מגו יכול לטעון טענת נפילה והביא ראי' מלעיל סי' כ'. ומה שהק' הנתיבות בס"ק ז' דמשם מוכח איפכא עי' בדברי משפט שם בס"ק א' ובדברי חיים בדיני הלואה בסי' י"ד מ"ש ליישב קושי' זו והאריכו בזה. וא"כ הכא דיכול לטעון פרעתי יכול נמי לטעון ממני נפל ומצאתיו ושפיר ראי' הש"ך מהא דכתובות הנ"ל. ועי' בתומים בסי' כ' ס"ק ב' ובס"ק ד' מ"ש בזה. שוב ראיתי בס' מהר"ם מינץ בסי' כ"א שהק' קושי' זו ותי' לפמ"ש הש"ך דהוי מגו להוציא א"כ שפיר ראי' הש"ך דמוכח מד' אביי דבחתימה חלקה א"י לתובעו דאל"כ למה צריך למכתב עלי'. וא"ל דאי לא יכתוב עלי' יכול לטעון ממני נפל דהוי נפילה דרבים דלאביי חיישינן ז"א. דאכתי יהי' נאמן במגו דאי בעי הוי כתב עלי' ול"ש תי' הש"ך דהוי מגו להוציא כיון דהוא חושש לנפילה דרבים וא"כ אנו אומרים דאין זה המלוה כ"א אדם אחר הוא המלוה וממנו נפל א"כ עכ"פ הוא מחויב לאדם אחד כו' ולא הוי חזקה כלל וכמ"ש הש"ך בסי' ל"א. אלא ע"כ דאין זה מגו וכסברת הסמ"ע בסי' מ"ח שאין דרך להלוות בזה ושפיר מביא ראי' לד' הע"ש עכ"ד יעוש"ה. ודבריו נכונים ועי"ש עוד מ"ש בזה. ועי' במקצוע בתורה בס"ק י' ובנו"ב מהדו"ת חו"מ סי' כ"ה מ"ש והאריכו בזה. ועי' לעיל בסי' נ"ח ס"ק א' מה שכתבתי בזה. ועי' בס' תפארת יוסף חאו"ח סי' כ"ז מה שהק' על הש"ך מד' הש"ך עצמו בסי' נ"ו והאריך בזה ליישב. עוד כתב בהגהות ישועות יעקב הנ"ל לדעת האומרים דיכול לטעון פרעתי בכת"י א"כ י"ל דכתוב עלה שהוא תו"ז או נאמנות עכ"ד. ודבריו תמוהים דהא אביי אית לי' ב"ב ה' א' דאדם פורע בתוך זמנו ועי' בדו"ח מהגאון רע"א בכתובות שם שהשיג כעין זה על הריטב"א שם ועי"ש עוד מ"ש בזה:

סעיף ה' (ה) **שהוא** פרוע. בנתיבות בס"ק י' כ' דלהנך פוסקים דס"ל לעיל שגם אביהן לא מצי טעין פרעתי נגד כת"י גובה אף מיורשין כו' ופשוט עכ"ד. הנה הוא כ' זה לדבר פשוט ועי' בנו"ב מהדו"ק חו"מ סי' א' דס"ל דאינו גובה מן היורשים בכת"י והיינו דלא כהנתיבות. ועי' בתשובות בית אפרים חו"מ סי' ו' שהשיג על הנו"ב וכ' דגובה מיורשים בכת"י להנך פוס' דס"ל דא"י לטעון פרעתי נגד כת"י והאריך

והאריך בזה והיינו כהנתיבות. ועי' בטור האבן בסי' ה' שהשיג על הבית אפרים והארי' הרבה בזה יעוש"ה. ועי' בבית יהודא שהביא ד' הנו"ב והטור האבן הנ"ל והאריך בזה. ומסקנתו דגובה מהיורשים והיינו כהנתיבות והבית אפרים הנ"ל. וכן נ' עיקר לדינא דגובה מהיורשים בכת"י :

(ו) **ופטורים** אף משבועת היורשים. הטעם משום דלפטור נפשם פטורים אף משבועת היסת. והק' בס' מקצוע בתורה בס"ק י"ב דילמרך לשבע שבועה שא"י דצריך לשבע גם בס' הלוה וצ"ל דדוקא בה"ל למידע צריך לשבע היסת אבל ביורש דלא ה"ל למידע א"צ לשבע אף היסת וא"כ צ"ע מ"ש הש"ך בסי' רל"ב במכר טבעת בחזקת זהב ונמצא בו בדיל כו' ישבע היסת ויפטר. והק' הסמ"ע הא אין נשבעין על טענת שמא ותי' הש"ך דהוי כאומר א"י א"נ והתם נמי לא ה"ל למידע ואפ"ה ס"ל להש"ך דצריך לשבע היסת ואף דאפשר לחלק בין יורש לשאר א"י אף דלא ה"ל למידע. מ"מ אם אנו מחלקים מנ"ל דצריך לשבע היכא דלא ה"ל למידע ומאן פליג לן עכ"ד והניח בצ"ע. ובאמת דביורש עיקר הטעם דא"צ לשבע היסת היינו משום דלא ה"ל למידע וכמ"ש בביאורי הגר"א בס"ק כ"ה והביא ראי' מב"מ ד' א' אא"ב מדאורייתא כו'. ומה שהק' מד' הש"ך דסי' רל"ב באמת ד' הש"ך דשם צ"ע וכמו שהק' בס' רשמי שאלה חחו"מ סי' מ"ט דהא גם הלוקח יודע שהמוכר א"י אם הי' בו בדיל ובזה בודאי א"צ לשבע היסת וכמ"ש הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א וכ' דהעיקר כד' הרמ"א דסי' רל"ב כמו שתי' הסמ"ע שם בס"ק מ"ג דמיירי דהלוקח טוען אתה לא קניתיה מאחר אלא צוית לצורף לעשות לך בתוכו בדיל מש"ה צריך לשבע והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בתשובות בית אפרים חחו"מ סי' ס' שכ' נמי דהעיקר כתי' הסמ"ע ועי' לקמן בסי' רכ"ה בש"ך בס"ק י"ג שכ' דמיירי שלא זזה ידו וטוען אני ידעתי בבירור שלא אמר לכם כן אח"כ כו'. ואח"כ כ' ואפשר כיון דלפ"ד התובע ודאי חייב לו א"כ מסתמא לא אמר להם כן והוי כברי לי או כיון דמ"מ לפ"ד ברי לו שחייב לו ולפ"ד היורשים הוי ברי שאינו חייב לו צריכים לשבע היסת אבל אין זה פשוט וצ"ע עכ"ל הש"ך. הרי דהש"ך כאן לא ברירא לי' אי מחשב כה"ג טענת ברי ודלא כמ"ש בפשיטות בסי' רל"ב הנ"ל דחשיב טענת ברי כה"ג ועי' בביאורי הגר"א שם בס"ק א' שכ' דמיירי בתובעם טוען ודאי שטוענים שקר עכ"ד. הרי דס"ל דלא כהש"ך דסי' רל"ב ולא מקרי טענת ברי בכה"ג. ועכצ"ל כתי' הסמ"ע דסי' רל"ב הנ"ל וא"כ י"ל שפיר דהיכא דלא ה"ל למידע א"צ לשבע היסת וכמ"ש הביאורי הגר"א והמקצוע בתורה הנ"ל. ולהש"ך דסי' רל"ב ע"כ צריך לחלק בין יורש לאינו גופי' וכמ"ש המקצוע בתורה הנ"ל :

(ז) **ואם** הוא מתו"ז כו'. בש"ך בס"ק כ"ו הניח דין זה בצ"ע דהא אלו הי' אביהן קיים והי' מודה שהוא כת"י אע"פ שהי' בתו"ז הי' נאמן לטעון פרוע במגו דאינו כת"י א"כ נטעון ליתמי דלמא פרע אביהן דאע"ג דאביהן לא הי' נאמן אלא במגו טענינן ליתמי כו'. ותי' דהטור אזיל לטעמי' דס"ל לקמן בסי' ק"ח דלא טענינן ליתמי נאנסו כו' משום דמלתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי וא"כ קשה על המחבר שהביא לקמן בסי' ק"ח ב' דעות גבי נאנסו וכאן סתם לגמרי כהבעה"ת והטור. ואפשר ס"ל דכאן גרע טפי דחזקה אא"פ בתוך זמנו כו'. אבל באמת נ' דמאן דפליג התם פליג נמי הכא כו' עכ"ל. ועי' במהר"ם לובלין דריש גיטין ד"ה ואם שכ' דאם מת בתו"ז השטר דלא שייך טעמא לא טענינן להו מזויף. הרי דס"ל כהמחבר ודלא כהש"ך ועי' בתומים בס"ק י"א שכ' דמד' התוס' שם מוכח כהש"ך דטענינן ליתמי פרוע במגו דמזויף ומיישב קושי' מהר"ם לובלין הנ"ל דמאי נ"מ בין טענת פרוע לטענת מזויף. וכ' ב' נ"מ והאריך בזה ומסיים בצ"ע. ועי' בתורת גיטין בחידושיו שם ובגרש ירחים שם מ"ש ליישב קושי' מהר"ם לובלין הנ"ל דיש נ"מ. ועי' בחמדת שלמה בחידושיו שם מ"ש על ד' התומים הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. וקושי' הש"ך הנ"ל נ"ל ליישב לפמ"ש בברית אברהם חאה"ע סי' נ"ז אות ז' ליישב קושי' הג"ת שער ע"ז על הא דמיבעיא אי אמרינן מגו במקום חזקה הא ודאי דחזקה עדיפא דמהני לאפטורי משבועה ומגו לא מהני לאפמ"ש. וכ' ליישב דכל היכא דהטענה טענה מעלי' היא אך דבאנו לגרוע הטענה עפ"י החזקה וא"כ אף דחזקה אלימא ממגו מ"מ עכ"פ המגו המתנגדת מגרע כח החזקה במקצת דאין כחה עתה היכא דיש מגו מתנגדת ככחה מאז בלא מגו מתנגדת והביא דרך משל ממשקלות כו' וא"כ מיבעי שפיר דלמא לא אלימא החזקה לגרוע טענה מעלי' של הנתבע אלא כשיש לה כחה בשלימות אבל עתה שיש מגו מתנגדת נשאר טענה מעלי' של הנתבע. אבל היכא דהיא טענה גרוע ובאנו להאמין במגו ממילא כשיש חזקה המתנגדת מדחה המגו לגמרי דהא חזקה עדיפא ממגו וממילא נשאר טענה גרוע עכ"ד והאריך בזה. ומיישב קושי' הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ז דאמאי חיישינן לשאלה נימא חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו יעוש"ה. וא"כ ניחא דלגבי אביו הוי טענת פרעון טענה מעלי' לדעת המחבר רק דיש חזקה דאא"פ בתוך זמנו כנגדה וכיון דיש לו מגו דאין זה כת"י דמגרעה החזקה אין בכח החזקה לבטל הטענה מעלי'. אבל לגבי יורשים דאין יודעים כלום במילי דאבוהון והוי טענה בעצמה טענה גרועה וגם מגו לא שייך גבייהו כיון דאינם יודעים כלום בהא אלימא כח החזקה ולא טענינן ליתמי ואדרבה אמרינן דאלו הי' האב קיים הי' מודה שלא פרע משום דחזקה אא"פ בתו"ז. ואף דכ' הרא"ש ברפ"ב דכתובות סי' א' דטענינן ליתמי חשיב כמו טענת ברי ועי' בשיטמקו"ב שם מ"ש בזה מ"מ הא מקור דין זה הוא מבעה"ת והבעה"ת שער ל"ד ח"ד ובשער נ"ג ח"א ס"ל דלא חשיב כטענת ברי והובא בדברי משפט בס"ק ג' ועי' בשעה"מ בס"ק ו' שכ' ליישב כעין זה. וכ' נמי ליישב עפ"ז קושיית הש"ך בסי' ק"ח ס"ק ז' גבי ההזרתי במגו דנאנסו משום די"ל דסמך עלמו אטענת נאנסו וא"כ דחה והאריך בזה ועי' במקצוע בתורה בס"ק י"ב שכ' נמי בחד תי' כעין תי' שכתבתי. וכ' עוד תי' ליישב קושיית הש"ך הנ"ל והאריך בזה. ועי' בדברי משפט בס"ק ג' מ"ש ליישב קושיא הנ"ל. ובנתיבות בס"ק י"א תי' דהא דלא טענינן ליתמי מלתא דל"ש היינו דכ"מ דטענינן ליתמי הוי טענת ברי ובמלתא דל"ש לא טענינן להו ולא הוי טענתייהו כטענת ברי ודמי כאלו אביהם קיים וטוען שמא ובנאנסו אלו הי' אביהם טוען שא"י אם נאנסו לא הי' חייב רק מטעם משאיל"מ וביורשים דל"ש משאיל"מ כו' טענת שמא דידהו טענה מעלי' היא מש"ה פטורין. משא"כ הכא בתו"ז דבעינן טענת ברי דוקא לאביהן שהי' נאמן משום מגו לא טענינן ליתמי שיהי' חשוב טענתייהו כטענת ברי עכ"ד. ובאמת ז"א לפמ"ש הש"ך לקמן בסי' רנ"א ס"ק מ"ד דהטעם דא"י אם נאנסו חייב משום דהוי א"י אם החזרתי. וא"כ אמאי פטורים היורשים משום שמא נאנסו הא ה"ל א"י אם החזרתי אלא ע"כ דטענינן להו כל מה דמצי אביהם לטעון א"כ אף בתו"ז הדין כן דטענינן ליתמי מה דמצי אביהם לטעון וא"כ הדרא קושי' הש"ך לדוכתא. וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג כן על הנתיבות והאריך בזה. אבל לפמ"ש שפיר מיושב קושיית הש"ך הנ"ל. ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ב' מ"ש והאריך בד' הנתיבות אלו ועי' עוד בבית יהודא מה שהשיג על התומים הנ"ל. ועי' בס' משנת דר"א מ"ש על הש"ך הנ"ל יעוש"ה :

סעיף ו' (ח) **פטורים** אף בלא שבועה. עי' בקצה"ח בס"ק ו' מ"ש לענין המתחייב ש"ד ומת אם היורשים מחויבים לשלם. ועי' בנתיבות בס"ק י"ג ובסי' ק"ח ס"ק ד' מ"ש על הקצה"ח. ועי' במשובב נתיבות ובבית יהודא בסי' ק"ח מ"ש על הנתיבות יעוש"ה :

סעיף ב' (ט) **או** שטוען אמנה. עי' בסמ"ע בס"ק י"ב שכ' דאם טוען להתעסק כתבתי דא"נ ובש"ך

בס"ק

בס"ק ע"ז הניח דין זה בצ"ע . ובאמת מבואר להדיא בס' פרדס הגדול לרש"י בסופו תשובת רב האי גאון כהשמ"ע שכ' וז"ל ואם יאמר כת"י הוא פרעתיו ה"ז נשבע על זה ונפטר כו' . ואם יש בשטר נאמנות י"ל לו כתבך בידי מאי בעי ואם אמר לי' בדרך מתעסק הייתי ובדרך שחיקות הי' לאו כל כמיני' שאין דרך ב"א לשחוק בכך ומי ששחק בכך הוא אפסיד אנפשי' וכך מעשים בישיבות בכל יום עכ"ל יעוש"ה . וא"ל דקאי אכת"י שיש בו נאמנות דאין לו מגו דפרעתי דמאי קמ"ל כיון דא"כ לומר פרעתי כ"ש שא"כ לומר שכתבו לשחוק א"ו דעל כת"י קאי דלא מהני מגו דפרעתי שאין דרך לשחוק בכך הרי מבואר להדיא מד' רה"ג כהשמ"ע הנ"ל וצ"ע :

סימן ע

סעיף א' (א) **ואפי'** לת"ח. בע"ז בס"ק א' הק' מד' הגמ' בס"פ א"נ דקאמר כ"ש מר דטריד בגירסא כו' והטור והמחבר כ' ואפי' ת"ח . ותי' דלמ"ד בגמ' גורם קללה לעצמו הוה ת"ח כ"ש משאר אנשים . אבל למ"ד משום לפני עור הייתי אומר בת"ח אין שייך זה ע"כ כ' הטור אפי' ת"ח . והטור רוצה לפסוק כמ"ד משום לפני עור עכ"ד . ובאמת קשה דהא רבינא ורב אשי בתראי פ' כמ"ד דגורם קללה לעצמו . וכן ראיתי בבית יהודה שהק' כן על הע"ז יעוש"ה . ובתומים בס"ק א' תי' דבלא"ה הק' הכנה"ג דלמה מהני בעדים הא יטעון פרעתי וכ' דיכפור ויאמר להד"ה לא חיישינן כו' רק כל החשש דיכפור ויאמר א"י וא"כ בשלמא אי הלוהו בלי עדים יטעון א"י אם הלויתני ופטור משא"כ בעדים אם יטעון א"י אם פרעתיך יהי' חייב לשלם . ובזה י"ל דהא שם שלא לי' נשדר לי מר עשרה זוזי וא"כ ע"י שליח כו' ואם יטעון א"י ה"ל משואיל"מ וליכא חשש לפני עור כו'. אמנם לענין גורם קללה לעצמו יש לחוש כו' ולזה כ"ש ת"ח דפשיטא דיחשוד העולם דתובע בשקר אבל במלוה בעצמו דיש חשש לפני עור אדרבא שאר אנשים גרעי טפי כו' ולכך כ' אפי' ת"ח עכ"ד . ודבריו תמוהים דהא הך מימרא הוא של רב יהודה משמי' דרב ורב יהודה ס"ל דא"י א"כ חייב בכתובות י"ב ב' ובב"ק קי"ח א' ובב"מ ל"ז ב'. וכן ראיתי בס' מקלוע בתורה בס"ק א' ובס' מעיני החכמה שלו בב"מ פ"ב א' ד"ה נימא כו' שהק' כן על התומים . ועוד דבירושלמי בפ' שבועות הדיינים הלכה ח' משמע דרב ס"ל דא"י אם נתחייבתי חייב דגרסינן התם סלע הלויתני עליו כו' והלה אומר א"י ר' בא רב הונא בשם רב אמר אנת לית ידע אנן ידע עכ"ל הירושלמי . ופי' הרמב"ן והריטב"א והרא"ש דהטעם הוא משום דברי ושמא ברי עדיף . ושוב ראיתי בתומים גופי' בסי' ע"ה בס"ק כ' שפי' ד' הירושלמי הנ"ל דרב ס"ל דא"י א"נ חייב . וא"כ ל"ל כמ"ש התומים הנ"ל דהחשש הוא משום שיאמר א"י דא"כ למה צריך עדים דאף בלא עדים נמי א"י לטעון א"י כיון דר"י ורב ס"ל דא"י אם נתחייבתי חייב . ועי' בבית יהודה מה שהשיג על התומים . והעיקר הת' בקושיא הנ"ל כמ"ש הבית יהודה שם והאריך בזה . ועי' בס' תפארת יוסף החש"ע סי' ע"ז מ"ש ליישב קושי' הכנה"ג הנ"ל . ועי' בס' מקלוע בתורה בס"ק ב' מ"ש והאריך בזה :

(ב) **בהג"ה** ויש חולקין . בש"ך בס"ק ד' כ' דהעיקר כסברא הראשונה וכן הוא דעת רוב הפוס' וכמעט כולם כו' דא"י לטעון פרעתי עכ"ד . ובאמת יש הרבה פוסקים דס"ל דבקנין יכול לטעון פרעתי דהתוס' בפ"ק דגיטין י"ד א' ד"ה ולא פש גבי' והרא"ש והר"ן שם שהוכיחו מד' ר"ח שכ' דמיירי שהי' הבע"ד מודים לו או שהי' עדים בדבר דמנפשי' א"כ לומר טעיתי אע"ג דאית לי' מגו דאי בעי אמר חזרתי ופרעתי יעוש"ה . ומאי ראי' היא זו הא התם מיירי דקנו מיני' וכדאיתא בגמ' בהדיא שם ובקנין א"י לטעון פרעתי ולית לי' מגו אבל היכא דאית לי' מגו שפיר י"ל דיכול לטעון טעיתי במגו דפרעתי א"ו ס"ל להתוס' והרא"ש והר"ן דבקנין יכול לטעון פרעתי ומש"ה שפיר הוכיחו דא"י לטעון טעיתי אע"ג דאית לי מגו דפרעתי . ועי' בב"י בפג"פ קע"ב שכ' וז"ל וכ' הבעה"ע ז"ל דבשטרי הלואה נמי לא כתבו מיומא דקנו מיני' אלא כשעומדין עדיין תו"ז הפרעון אבל לאחר הזמן אין כותבין שמא פרע וכ"ד הרא"ה ז"ל . והרשב"א ז"ל סובר דכתב"י כל היכא שלא מיחה בהם הלוה עכ"ל . הרי דס"ל להבעה"ע והרא"ה דבקנין יכול לטעון פרעתי וגם הרשב"א י"ל דמודה בזה רק כיון דלא מיחה מסתמא לא חיישינן דלמא פרע אבל אם בא וטוען פרעתי י"ל דאף הרשב"א ס"ל דנאמן . ועי' בשמקו"ב בכתובות י"ח א' ד"ה וליתני שהביא בשם הרא"ה והריטב"א דבקנין יכול לטעון פרעתי וכן הוא דעת המרדכי בפ"ק דכתובות בשם ראבי"ה והר"ן בפ"ב דכתובות כ' א' בשם הרמב"ן ובשמקו"ב שם ובריב"ש בסי' תע"ח בשם חכמי הצרפתים דבקנין יכול לטעון פרעתי . ועי' בתומים לעיל בסי' ל"ע ס"ק ו' שכ' דהיש חולקין שם נמי ס"ל דבקנין יכול לטעון פרעתי והשיג על הש"ך שם ועי' בתוס' ב"ב קע"ה א' ד"ה חזר משמע נמי דס"ל דבקנין יכול לטעון פרעתי יעוש"ה . וא"כ נ' דדין זה הוה ספיקא דדינא ויכול המוחזק לומר קים לי כהנך פוסקים הנ"ל דס"ל דיכול לטעון פרעתי בעדות בקנין שלא נכתב כנ"ל :

(ג) **א"צ** לפרעו בעדים . בשעהמ"ש בס"ק א' הביא בשם תשובות הרמ"ע סי' קי"ג דאע"ג דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי מ"מ א"י לטעון פרעתי דהוי כמעשה ב"ד כו' ולפ"ז בנזקין אם יש עדים שהזיקו א"י לטעון פרעתי . והשעהמ"ש השיג עליו מד' הנ"י בפ"ק דב"ק בשם הרמ"ה ומס"פ השואל בב"מ . ונ"ל ג"כ ראי' דלא כהרמ"ע מב"ק י"ד ב' ע"פ עדים פרט למודה בקנס ואח"כ באו עדים ופריך הגמ' אלא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב מאי איכא למימר ודחק הגמ' משום היפא אילטריך לי' בני חורין ובני ברית כו' . ולד' הרמ"ע הנ"ל הי' הגמ' יכול לתרץ דלהכי אילטריך ע"פ עדים דא"י לטעון פרעתי אלא בעדים דהא התם אנזקין קאי דהוה מלוה הכתובה בתורה ובפרט דהאי מ"ד דס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב הוא שמואל דס"ל כן בב"ק ע"ה א' ושמואל ס"ל בשבועות מ"א ב' לליסנא בתרא דהמלוה את חבירו בעדים א"ל לפרעו בעדים ואף לליסנא קמא דשם נמי ס"ל לשמואל דיכול לטעון פרעתי בינו לבינו במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י לפי' הרשב"א והר"ן שם יעוש"ה . וא"כ הי' יכול הגמ' לתרץ כן דשאני נזקין משאר מלוה דא"י לטעון פרעתי א"ו דיכול לטעון פרעתי ודלא כהרמ"ע . וכן פ' השעהמ"ש דלא כהרמ"ע וכן עיקר לדינא דאף במלוה הכתובה בתורה יכול לטעון פרעתי כנ"ל :

סעיף ב' (ד) **שצריך** לברר דבריו.. משמע שצריך להביא ב' העדים . והק' השעהמ"ש בס"ק ב' דלשיטת הרמב"ם דהבירור הוא כדי לפטור משבועת היסת ניחא דצריך שניהם דאף דמביא ע"א שמעיד כדבריו מ"מ דלמא יכחישנו האחר ואוקי עד להדי עד וחייב היסת כו' אבל לשיטת בעה"מ והרב דצריך לברר דשמא יכחישוהו העדים כו' א"כ למה צריך להביא ב' עדים דאף אם יביא ע"א נמי סגי דהא אף אם יכחישנו עד האחר מ"מ לא יוחזק כפרן ע"פ ע"א וגם ש"ד לא יתחייב על פיו כו' דקאי עד להדי עד ופטור מש"ד עכקוש"י והניח בצ"ע . ובאמת לק"מ דהא לכו"ע הבירור הוא כדי לפטור משבועת היסת שלא יצטרך לשבע בחנם רק דהבעה"מ ס"ל דאם באו עדים והכחישוהו הוחזק כפרן והרמב"ן ס"ל דלא הוחזק כפרן אבל זה ודאי ס"ל אף הבעה"מ וש"פ דצריך להביאם כדי שלא ישבע בחנם . ועי' בב"מ ל"ד ב' בתוס' ד"ה שמא כו' יעוש"ה . ולכך אף לדעת בעה"מ צריך להביא ב' עדים ולק"מ קושי' השעהמ"ש הנ"ל . וכן ראיתי בבית יהודה שתי' כן ועי' במקלוע בתורה בס"ק ה' מ"ש בזה :

סעיף

סעיף ג' (ה) **א"ל** אל תפרעני אלא בעדים כו' וכ' הסמ"ע בס"ק י"א דמיירי דא"ל כן בפני עדים דאל"כ הוא נאמן במגו דאמר דלא התנה עמו כן עכ"ל. וכ"כ הש"ך בס"ק א'. והכנה"ג חולק בזה דכיון דאנן סהדי דלא פרע אלא בעדים כיון שהתנה עמו כן הוי כמו מגו במקום עדים ועי' בתומים בס"ק ה' שכ' דדין זה תליא בין ת' הרא"ש לתי' הר"ן והמ"מ. דלהי' הרא"ש שתי' דמש"ה א"כ לומר פרעתיך בלא עדים במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י משום דהרולה לשקר ירחיק עדותו וכן לתי' רשב"ם ב"ב מ"ה א' הוי מגו דלא התנה מגו מעליא ונאמן. אבל לתי' הר"ן והמ"מ משום דהוי מגו במקום אנן סהדי אף בכה"ג לא מהימן עכ"ד. והכנה"ג הנ"ל ס"ל כתי' הר"ן ומש"ה כ' דהוי כמו מגו במקום עדים וכן התומים משמע דדעתו נוטה כהכנה"ג הנ"ל דא"כ ובאורים בס"ק י' הניח דין זה בצ"ע. ועי' בשעהמ"ש בס"ק ג' שהביא ד' הכנה"ג הנ"ל ותמה עליו דזה ניחא לתי' הר"ן אבל לתי' הרא"ש דתי' דמש"ה לא מהימן במגו משום דהרולה לשקר ירחיק עדותו הרי דסובר דאף בכה"ג אמרינן מגו כו' ואף הש"ך דחולק שם מ"מ י"ל דאין עדים על התנאי דנאמן במגו. משום דמגו זו אינם סובא דאי בעי הי' כופר עיקר התנאי כמו דאמרינן גבי נאמנות בסי' ע"א. והביא בשם תשובות הרמב"ן סי' ל"ז שכ' בהדיא דבהתנה עמו שלא בפני עדים מהני המגו דאי בעי הי' כופר עיקר התנאי עכ"ד. ובאמת מבואר כן בהדיא בפרישה דהטעם הוא משום דהוי מגו בעיקר התנאי הרי דס"ל כהסמ"ע והש"ך. ואף לתי' הר"ן הנ"ל נמי נאמן במגו ודלא כהתומים דדעתו נוטה כהכנה"ג וצ"ל דהתומים והכנה"ג ס"ל דלא אמרינן מגו אף בעיקר העדים ומש"ה ס"ל דלתי' הר"ן לא מהימן במגו ועי' בתומים בסי' ע"א ס"ק ג' מ"ש בזה. ובאמת השעהמ"ש סותר ד"ע דלעיל בסי' ל"ח ס"ק ב' כ' דל"א מגו אף בעיקר העדים. ועי' לעיל בסי' כ"ט ס"ק ד' מה שכתבתי בזה ואכמ"ל בזה. וראיתי בקלה"ח בס"ק ד' שכ' להוכיח מד' התוס' בכתובות י"ח א' ד"ה א"ל כהכנה"ג הנ"ל מדהקשו שם דליהוי ואם יש עדים שלוה ממנו וא"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ ולא הק' מאל תפרעני אלא בעדים סתמא אך דבעדים סתמא א"כ נ"ל דמיירי שאמר פרעתי בינו לבינו ובזה ליכא מגו וכהכנה"ג דהוי מגו במקום עדים כו' אבל כי התנה אל תפרעני אלא בפני פו"פ וטוען פרעתי בפני עדים והלכו דבזה היכא דאיכא מגו נאמן כו' והיכא דיש עדים א"כ עכ"ד. ואינו מוכח לפמ"ש התומים בכללי מגו בסי' פ"ג דקושי' התוס' הוא לרב ושמואל דל"ל משואיל"מ וס"ל דנאמן במגו להכחיש העד וקשה אליבייהו הך משנה דמודה ר"י כו' דהא איכא לאוקמא בכה"ג באומר אל תפרעני כו' וע"א לא מהני כיון דל"ל נסבה דר"א וא"כ לא קשיא מאל תפרעני אלא בעדים סתמא דשמואל ס"ל דאף בא"ל אל תפרעני אלא בעדים נאמן לומר פרעתיך שלא בעדים במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו כו' ולכך הק' מא"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ דבזה לכ"ע לא מהני עכ"ד. וא"כ אין ראי' מד' התוס' להכנה"ג דשפיר י"ל כהסמ"ע והש"ך הנ"ל דנאמן במגו וקושי' התוס' הוא לרב ושמואל וכמ"ש התומים הנ"ל. וא"כ לענין דינא נ' עיקר כהסמ"ע והש"ך וכמ"ש השעהמ"ש ודלא כהתומים והכנה"ג והקלה"ח הנ"ל. וכן פ' הנתיבות בחידושים בס"ק ה' ובמקלוע בתורה בס"ק ו' ובבית יהודא ובס' ישועות ישראל בחה"מ בס"ק ב' כהסמ"ע והש"ך הנ"ל ישוש"ה וכן עיקר לדינא. ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א ובמעין גנים ובדברי משפט בס"ק א' מ"ש בזה ועי' עוד בתומים מה שהשיג על הפרישה שהביא ראי' מהמ"מ דמד' המ"מ מוכח להיפוך ועי' בבית יהודא מה שהשיג על התומים ומיישב ד' הפרישה והאריך בזה. עוד כ' השעהמ"ש בס"ק הנ"ל דאף אם א"ל אל תפרעני רק לפני ע"א נמי א"כ לומר פרעתי דהוי משואיל"מ עכ"ד. ועי' במחנה לוי בשבועות מ"א ב' בתוס' ד"ה תיובתא כו' שחולק על דין זה וכ' דבע"א לא שייך אנן סהדי ונאמן לומר שפרע בינו לבינו במגו דאי בעי אמר פרעתי בפני פ' והלך למדה"י עכ"ד ישוש"ה. ודבריו תמוהים דהא שמואל ל"ל משואיל"מ בשבועות מ"ז א' אבל עכ"פ ס"ל לדינא דלא כהשעהמ"ש וכ' דדין זה תליא בין תי' הרא"ש לתי' הר"ן הנ"ל. דלתי' הר"ן דמש"ה לא מהימן במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י משום דהוי מגו במקום אנן סהדי וא"כ בע"א דל"ש אנן סהדי מש"ה נאמן במגו וכמ"ש במחנה לוי הנ"ל. אבל להרא"ש שתי' דמש"ה לא מהימן במגו משום דהרולה לשקר ירחיק עדותו א"כ אף בע"א נמי כן הוא והוי משואיל"מ וכמ"ש השעהמ"ש הנ"ל כנ"ל:

(ו) **אינו** נאמן. וכ' הסמ"ע בס"ק י"ג וא"כ במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י או מתו דהרולה לשקר ירחיק עדיו ועוד מכח החזקה דאנן סהדי ריע טענתי' דודאי לא פרעו בינו לבינו עכ"ל. הנה תי' הראשון הוא תי' הרא"ש בפ' שבועות הדיינים סי' י"ג ותי' הב' הוא תי' של הר"ן שם וכן הביא הב"י ב' תי' אלו אך כ' דהמ"מ לא תי' כן. והש"ך בס"ק י"א הביא נמי ב' תי' אלו וכ' דגם כונת המ"מ הוא כתי' הר"ן והב"י הנ"ל משום דהוי מגו במקום אנן סהדי. ועוד יש טעם ג' והוא טעם הרשב"א דמש"ה לא מהימן במגו משום דהא קבל עליו שלא יהא נאמן לומר שפרעו בינו לבינו כן כ' הרשב"א בחידושיו בשבועות מ"א ב' והוא כעין תי' הר"ן וכמו שפי' הש"ך ד' המ"מ הנ"ל ועי' ברשב"ם ב"ב מ"ה א' ד"ה אלא שכ' דמש"ה לא מהימן במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י משום דמלתא דעבידא לאיגלויי לא משקר אינש פן יעשה בלאי היום ולמחר יבואו העדים ויאמרו להד"ם עכ"ל. ותי' זה אינו אלא על הלכו למדה"י אבל על מתו ליכא הך תי' וצ"ל או כתי' הרא"ש או כתי' הר"ן הנ"ל וכ"כ. הרא"ש גופי' בפ' הזה"ב סי' מ"ו כתי' הרשב"ם רק על ומתו הוסיף משום דהרולה לשקר ירחיק עדיו. והנה הנ"מ בין הנך תי' הוא לענין פקדון אם א"ל אל תחזירני אלא בעדים דלתי' הרא"ש יכול לומר החזרתי במגו דנאנסו דבהא לא שייך הטעם דהרולה לשקר ירחיק עדיו אבל לתי' הר"ן הנ"ל א"י לטעון החזרתי במגו דנאנסו משום דהוי מגו במקום אנן סהדי ומפני זה הק' הש"ך לקמן בסי' קל"ג ס"ק ב' על המחבר שם שפ' דנאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו. והא הב"י כ' כאן כתי' הר"ן הנ"ל משום דהוי מגו במקום אנן סהדי וא"כ איך נאמן במגו דנאנסו והא הוי מגו במקום אנן סהדי. ועי' בט"ז שם שהק' על המחבר דהכא ס"ל דאף לאחר הלואה א"כ לומר פרעתי והטעם משום דאנן סהדי דמשקר ושם פ' דנאמן במגו דנאנסו. וצריך לדחוק דאע"ג דאנן סהדי מ"מ לא אלים כולי האי לומר בשבילה היכא דיש מגו דהוי מגו במקום עדים והוא דחוק עכ"ל. ודבריו תמוהין דהא הב"י כאן כ' כתי' הר"ן הנ"ל משום דהוי מגו במקום אנן סהדי הרי דס"ל להב"י בהדיא דאלים הך סברא דאנן סהדי לומר בשבילה היכא דיש מגו דהוי מגו במקום עדים וא"כ הדרא קושי' לדוכתא אמאי פ' המחבר שם דנאמן במגו דנאנסו והא הוי מגו במקום אנן סהדי וכמו שהק' הש"ך הנ"ל. ועי"ש עוד בש"ך שהק' מד' התוס' בפ' הזה"ב מ"ה ב' ד"ה המפקיד כו' ואח"כ הביא ראי' מד' המרדכי והגהות אשר"י שכ' וז"ל כ' ראבי"ה דה"מ אם התרה בדשווי' רהה ואמר אל תחזיר אלא בפני פו"פ שאל"כ איכא למימר מגו דהחזרתי לך עכ"ל. וראיתי בתומים שם בס"ק א' שכ' לדחות ראי' הש"ך מהתוס' דזה אין סברא דיגרע כח שטר מאמירה כל דהוא וכיון דבשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו איך ס"ד לומר דבאמירת אל תחזירני אלא בעדים לא יהי' נאמן אלא אף דהתוס' כ' כן היינו דס"ל להתוס' דרבה ל"ל דרב חסדא כו' וס"ל דנגד חזקה דשטרך בידי מאי בעי לא מהני מגו וה"ה נגד הך חזקה דאל תחזירני לא מהני מגו. אבל למאי דקי"ל כר"ח דאף בשטר נאמן במגו דנאנסו כו' ומכ"ש דמהני נגד אמירת אל תחזירני אלא בעדים גרידא עכ"ד והאריך בזה. ובאמת מבואר כן בהדיא ברמב"ם בפי' המשנה בפ' שבועות הדיינים במתניתין דמנה לי בידך א"ל הן כו' דאף בפקדון אם א"ל אל תחזירני אלא בעדים א"י לטעון החזרתי ובשטר נאמן לטעון החזרתי

החזרתי במגו דנאנסו עכ"ד יעוש"ה. הרי להדיא דס"ל דשטר וגרע מאמירה אל תחזירני אלא בעדים והיינו כהש"ך הנ"ל ולא כאה התומים ד' הרמב"ם אלו וא"כ שפיר ד' הש"ך הנ"ל. אך ראי' הש"ך מד' המרדכי והגהות אשר"י הוא תמוה דהא הראבי"ה קאי היכא דא"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ. וי"ל דס"ל לראבי"ה כהרי"ף ורש"י דס"ל דאם א"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ אפי' הביא עדים שפרע בפניהם לא מהני וה"ה דמגו לא מהני דלא עדיף מעדים אבל בא"ל אל תפרעני אלא בעדים גרידא דמהני עדים שפיר י"ל דה"ה דמגו נמי מהני וכן להרמב"ם דס"ל דמהני עדים בא"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ י"ל דמהני מגו נמי. ועי' ב"מ ה' א' בתוס' ד"ה מסרי לי' כו' דמשמע לכאורה כהש"ך ויש לדחות. ועי' בס' מעיני החכמה בב"מ שם ובמה"ב שם ובס' מנחת הבקר שם ובהגהות אמרי ברוך בסי' קל"ג מ"ש על ד' התוס' אלו ועי' בקצה"ח בסי' קל"ג ס"ק ב' ובנתיבות שם בס"ק ג' ובשעהמ"ש שם בס"ק ב' מ"ש בזה והאריכו בזה. אבל עכ"פ להש"ך הנ"ל יש נ"מ לענין פקדון בין תי' הרא"ש לתי' הר"ן הנ"ל וכמ"ש. ועוד יש נ"מ בין תי' הרא"ש לתי' הר"ן בא"ל אל תפרעני אלא בעדים וטוען הלוה דפרע כולו בינו לבינו והמלוה מודה דפרע מקצתו דלתי' הרא"ש אין להלוה מגו משום דהרוצה לשקר ירחיק עדיו וא"כ אף דהמלוה מודה דפרע מהצה מ"מ בהמחצה השני' א"כ הלוה וצריך לפורעו בעדים. אבל לתי' הר"ן הנ"ל דהוי מגו במקום אנן סהדי א"כ הכא דהמלוה מודה דפרע מקצתו אתרע אנן סהדי ונאמן הלוה דפרע כולו. וכן ראיתי במשל"מ בפט"ו מהל' מלוה הל' א' שכ' בהדיא דלטעם הר"ן הנ"ל נאמן הלוה דפרע כולו. וא"ל דנאמן המלוה ליטול במגו דלא נפרעתי ז"א. דהא הוי מגו להוציא ולא אמרינן ועי' בחידושי רע"א בכתובות פ"ז בסוגיא דפוגמת ובמקצוע בתורה בס"ק ט' ובס' ישועות ישראל בס"ק ג' ובס' חידושי מהרש"ס ח"ב אות פ' פוגם שטרו מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. והנה אם יש ללוה עד המסייע דמעיד שפרע ראיתי בחידושי רע"א שם שכ' דא"ל המלוה לשבע להכחיש את העד והביא ראי' לזה ממה שתי' המ"מ דמש"ה לא מהימן במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י דהא הודה שלא קיים התנאי ואיהו אחייב נפשו בקיום התנאי והיינו דהוי כעין נאמנות דקבל עליו להאמין להמלוה כ"ז שלא יפרע בעדים וכמו דס"ל להפוס' בא"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ כו' והרי להנך פוס' פשיטא דאין ע"א מחייבו שבועה כדקי"ל בנאמנות שהם דא"א שבועה נגד ע"א כו' וגם לטעמא דהר"ן דאנן סהדי אין ע"א מחייבו שבועה דלא מליעו דנפלגו הפוס' בזה אם ע"א מחייבו שבועה ולא איסתמיט כו' לומר נפקותא זו בין הטעמים עכ"ד ומסיים בצ"ע לדינא.. הנה מה שמחלק בין טעם המ"מ להטעם של הר"ן עי' בסי' ס"ט סעי' ב' בהגהות חכם צבי על הט"ז שם שכ' נמי כן דהמ"מ חולק על הר"ן והיינו דלא כהש"ך בס"ק י"א הנ"ל דס"ל דכונת המ"מ כהר"ן הנ"ל ועי' בשערי בינה שער י"ג אות י"א מה שהאריך וכ' בזה יעוש"ה. אך מ"מ בעיקר הדין מ"ש הגאון רע"א הנ"ל דבהא אין ע"א מחייבו שבועה שפיר י"ל כן אף לפי תי' הר"ן הנ"ל. אך הנתיבות לקמן בסי' ע"א ס"ק ב' כ' דבא"ל אל תפרעני אלא בעדים כו' כשיש ע"א חייב שבועה כו'. ואפי' הסמ"ע דפליג היינו בנאמנות דסבר דדמי לנאמן עלי אבא דהוי כמכשירו לעד עכ"ד. הרי דס"ל דע"א מחייבו שבועה בזה דלא כהגאון רע"א הנ"ל. ועי' בשעהמ"ש בס"ק ה' שכ' נ"מ בין תי' הרא"ש לתי' הר"ן הנ"ל דלתי' הרא"ש אף שנשבע בשתא שפרעו נמי מהני ולתי' הר"ן הנ"ל צריך לשבע דוקא שפרעו בפני פו"פ כו' דבטענה זו תליא גוף הממון וצריך לשבע ע"ז עכ"ד והאריך בזה. ועי' עוד בשעהמ"ש בס"ק ז' מ"ש בזה ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ב' שכ' נ"מ בין תי' הרא"ש לתי' הר"ן הנ"ל לענין אם טוען מחלת לי או יש לי בידך כנגדו או שטוען פרעתיך ע"י שובר כת"י שאבד ממני והאריך בזה. ועי' בס"ק הקודם מה שכתבתי נ"מ בין תי' הרא"ש לתי' הר"ן הנ"ל יעוש"ה. ועי' בס' משנת דר"א מ"ש בזה. והנה הגאון רע"א בחידושיו לקידושין מ"ג ב' הק' לפי תי' המ"מ הנ"ל דהוי מגו במקום אנן סהד א"כ קשה דמאי פריך הגמ' דהוי נוגע בעדות הא יש לו מגו' דאי בעי אמר פרעתיך בפני פו"פ וכאן לא שייך תי' המ"מ כו' דהא איהו אמרי אהדדינהו למלוה ולמלוה ודאי דלא צריכים לשלם בפני עדים. בשלמא להי' הרא"ש ניחא דגם כאן אין זה מגו דירא"ס לומר פרעתיך בפני פו"פ אבל לפי' תי' המ"מ קשה עכקוש"י. וכן הק' בתשובות פני ארי' סי' כ"ד קושי' זו. בשם הגאון ר' מאיר ווייל והאריך בזה לייש"ב ועי' בבית יהודא בסי' ל"ח ובסי' קכ"א מה שהשיג עליו והאריך בזה יעוש"ה. ובאמת בלא"ה לק"מ כיון דאף לתי' המ"מ הנ"ל צריך לייש"ב דמש"ה מהימני לומר שפרעו למלוה משום מגו וכיון דסוף סוף צריך לטעם מגו מיישב הגמ' דקסבר ר"נ המלוה את חבירו בעדים א"ל לפורעו בעדים כפי הלכה כדקאמר הגמ' בכתובות י"ח א' ובשבועות מ"ה ולק"מ קושי' הגאון רע"א והפ"א הנ"ל. ועי' בשעהמ"ש בכללי מגו אות ז' ובטעם המלך בפ' ד' מהל' אישות הל' ט"ז מ"ש בזה:

עוד ראיתי בבית יהודא שם קושי' בשם הגאון ר' צבי הירש אב"ד דהמבורג שהק' על תי' המ"מ והר"ן הנ"ל דמאי קאמר הגמ' בשבועות מ"ה ב' מכלל דתרווייהו ס"ל דהמפקיד אצל חבירו בעדים א"ל להחזיר לו בעדים והק' דלמא ס"ל דצריך להחזיר לו בעדים ואעפ"כ נאמן לטעון נאנסו במגו דהחזרתי בפני פו"פ כו'. בשלמא לתי' הרא"ש ניחא משום דיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדיו. אבל לתי' הר"ן הנ"ל כו' קשה דהכא לא שייך אנן סהדי דהא טוען נאנסו עכקוש"י. והאריך בזה לייש"ב עפ"ד הפ"א יעוש"ה. ובאמת לק"מ דהגמ' הוכיח שפיר דס"ל דא"ל להחזיר לו בעדים מהא דפריך רבא לר"ח מתוך שיכול לומר החזרתי לך יכול לומר לו נאנסו ומדקאמר לי' החזרתי לך סתמא ולא קאמר לי' החזרתי לך בפני פו"פ והלכו למדה"י והחזרתי לך סתמא מיישב לי' רב"ח דאפקיד לי' בשטר א"כ מוכח דס"ל דהמפקיד אצל חבירו בעדים א"ל להחזיר לי' בעדים ושפיר ד' הגמ' ולק"מ קושי' הנ"ל. שוב ראיתי בבית יהודא עלמו שם בסוף שתי' כן כמ"ש ועי' בס' מעיני החכמה בב"מ ל"ד א' ד"ה אמר כו' ובס' זית רענן ח"ב חחו"מ סי' כ"ט מ"ש לייש"ב קושי' הנ"ל. עוד הק' הבית יהודא שם מב"ב מ"ה ב' גבי אומן דא"ל מי סברת כו' לא ס"ד אלא המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים מיתיבי אביי כו' והא את הוא דאמרת המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים א"ל הדרא בי. ולתי' הר"ן הנ"ל קשה דאף דצריך להחזיר בעדים יהא נאמן לטעון לקוח במגו דההזרתי לך בפני פו"פ כו' והכא ל"ש אנן סהדי דהא טוען לקוח עכקוש"י ולק"מ. דא"כ אמאי אמר רבה לא ס"ד אלא המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים מ"מ תקשי דיהא נאמן לטעון לקוח במגו דהחזרתי בפני פו"פ והלכו למדה"י לתי' הר"ן הנ"ל וכמו שהק' התוס' שם ד"ה המפקיד דיהא נאמן במגו דנאנסו. ועכל"ל או כתי' התוס' שם בשם ר"ת או דס"ל לרבה דאף אם אמר פרעתיך בפני פו"פ א"כ ומש"ה קאמר רבה הדרי בי ולק"מ קושי' הבית יהודא הנ"ל. ועי' בשעהמ"ש בס"ק ד' מ"ש לענין אם מת הלוה אי גובה המלוה מן היתומים והאריך בזה ועי' בבית יהודא מה שהשיג עליו והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ד (ז) **לא** פרע לך כו'. בקצה"ח בס"ק ו' כ' דבב"ד לא בעינן מפיהם. הנה הקצה"ח כ"כ מסברא דנפשי' ובאמת כן מבואר להדיא בתוס' רי"ד ב"ב קס"ח ובים ש"ש ביבמות בפ' ד"א סי' י"ג דבב"ד לא שייך מפי כתבם ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק י"ג מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סימן עא

סעיף א' (א) **בהג"ה** אבל אי ליכא עדים כו'. בשעהמ"ש בס"ק ג' מסתפק במלוה בשטר ויש ע"א

ע"א שהאמינו בע"פ והלוה מכחיש את העד וטוען שפרע אי בעל השטר נוטל בלא שבועה דה"ל עד המסייע דפוטר משבועה אף בנשבע ונוטל כו' א"ד כיון שאין העד מעיד על גוף הפרעון רק שהאמינו לא מיחשב עד המסייע לפוטרו משבועה עכ"ד. ולא ידענא מאי מקום ספק יש בזה כיון דזה תועלת הנאמנות דנוטל בלא שבועה אם ידעינן שהאמינו הוי כמו פרעון וכיון דיש ע"א שהאמינו הוי עד המסייע שפוטר משבועה:

(ב) **ואפי'** הי' ללוה מגו כו'. עי' בתומים בס"ק ג' מ"ש על ד' הט"ז והחכם צבי בסוף סי' ס"ט לענין מי שקבל עיסקא והתנה שלא יהא נאמן לומר דהי' הפסד כו' והוא טוען שהי' הפסד אי נאמן במגו דלא התנה והאריך בזה ועי' בנתיבות בס"ק ד' מה שהק' על התומים ועי' בס' זית רענן ח"ב החו"מ סי' כ"ו מה שהשיג על הנתיבות והאריך בזה ומ"ש על הקצה"ח בס"ק א' יעוש"ה:

סעיף ה (ג) **בהג"ה** אין לו אלא שבועת היסת. בתומים בס"ק ו' הק' בהא דאמרינן בפ' שבועות הפקדון ל"ז א' הזיד בשבועות הפקדון והתרו בו מהו כו' וקאמר רבה התם מכלל דהכופר בממון שיש עליו עדים חייב דס"ל לרבה דהכופר בממון שיש עליו עדים לא מקרי כפירת ממון כלל כיון דאיכא סהדי ומאי קושי' דלמא איירי בכה"ג בלוה שנתן נאמנות למלוה נגד עדים והוצרך לפרוע והובעו אח"כ שפרע לו ב' פעמים ועדות העדים לא מהני כיון שנתן לו נאמנות ולענין מלקות נאמנים וכמ"ש הפ"מ כיון דלכ"ע כשרין וידעו שנשבע לשקר עכקוש"י. והאריך בזה. ובנתיבות בס"ק ט' הי' דמיירי בלא הודה ובלא הודה אינו חייב מלקות דה"ל המעות מתנה עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דהא משנה שלימה שנינו בסוף שבועות מ"ע א' דאינו חייב קרבן בלא הודאה א"כ סתם הזיד בשבועות הפקדון דחייב קרבן ע"כ איירי בהודה וכן ראיתי בס' ישועות ישראל בס"ק ה' שהשיג כן על הנתיבות והאריך בזה ליישב קושי' התומים. ובאמת לק"מ דהר"י מיגש והרמב"ם והרא"ש אזלי לשיטתם דס"ל דכשרים לעדות הודאה וכדלעיל בסעי' ג'. והנה לעיל בסי' כ"ט ס"ק א' הוכחתי מד' הרמב"ם בהל' סנהדרין ושבועות ומד' רש"י בסנהדרין פ"א ב' ומד' התוס' בתמורה ז' א' דאף במלקות בעינן התיר עצמו והארכתי בזה יעוש"ה. וכיון דקבל עליו התראה והתיר עצמו למלקות אין לך הודאה גדולה מזה. וא"כ נהי דפסלינהו הלוה לעדות פרעון מ"מ הרי יכולים העדים להעיד עליו דעכשיו הודה לפניהם שנפרע מקודם ויגבה ממנו הלוה בב"ד עפ"י עדותם שהודה בפניהם ואין שבועתו כפירת ממון וא"כ לא יכול הגמ' לשנויי כה"ג ושפיר פריך הגמ' ולק"מ קושי' התומים הנ"ל. ועי' במקלות בתורה בס"ק י' מ"ש ליישב קושי' התומים הנ"ל והאריך בזה ועי' בקצה"ח בס"ק ה' שהביא ד' המשל"מ שמחלק דבליטול אין מקבלין שבועתו נגד העדים והיכא דהוי לפטור מקבלין שבועתו נגד העדים וכ' הקצה"ח דלא אדע ההפרש בין ליטול או לפטור ועי' בישועות ישראל בס"ק הנ"ל מ"ש לחלק והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף יט (ד) **אין** נאמנות מועיל לגבי לקוחות. עי' ש"ך ס"ק מ"ב שהביא מחלוקת הפוס' בזה ובתומים בס"ק י"ג כ' דבנאמנות כבי תרי כ"ע מודו דלקוחות יכולין לומר אנן אעדים סמכינן ועי' בדברי חיים בדיני הלואה סי' נ' שהשיג עליו מד' הטור דלקמן בסי' פ"ב דאף בנאמנות כבי תרי מהני נגד הלקוחות למאן דסובר כן יעוש"ה:

סעיף כב (ה) **ואם** מת הלוה תוך הזמן יש מי שאומר שא"ג מהיורשים. בתומים בס"ק ט"ז הק' דלקמן בסי' ק"ח סעי' ד' הביא המחבר דיעה זו בראשונה דלא טענינן ליתמי נאמנות משום דהוי מלתא דלא שכיחא והיך נטעון להו דפרעו גו זמני' דהוא לא שכיח ולא טענינן ליתמי מלתא דל"ש עכקוש"י. וכן ראיתי בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהביא

ד' הג"ת והכנה"ג שכ' דהבעה"ת אזיל לטעמי' דס"ל דטענינן ליתמי מלתא דל"ש אבל להפוס' לקמן בסי' ק"ח דלא טענינן להו נאמנות ה"נ אף דאבוהון הי' נאמן לטעון פרעתי תו"ז מ"מ לא שכיח הוא ולא טענינן ליתמי פרוע תו"ז עכ"ד. ולפ"ד הקשי ד' המחבר אהדדי דלעיל בסי' ס"ט סעי' ה' פ' המחבר דאם הוא תו"ז הואיל ומודים שהוא כת"י אביהם כו' גובה מהם והטעם משום דהוי מלתא דל"ש דחזקה אא"פ בתוך זמנו והכא ס"ל דאינו גובה מהיורשים: ועי' בש"ך שם בס"ק כ"ו מ"ש בזה וכן ראיתי בביאורי הגר"א בס"ק כ"א שהק' כן על המחבר וכ' דאפשר דמ"ש בלשון יש מי שאומר והוא דתליא בפלוגתא דסי' ק"ח סעי' ד' אבל ד' הבעה"ת והטור צ"ע עכ"ד. אלא עכצ"ל כמ"ש הפרישה הובא דבריו בבית יהודא דע"כ כשכתב נאמנות ללוה הוי תו"ז כלאחר זמנו דאל"כ אף כשהלוה חי אמאי יכול לטעון פרעתי תו"ז ול"ד לנאמנות אף דהוי מלתא דל"ש ולא טענינן ליתמי אעפ"כ כשהלוה חי יכול לטעון אף מלתא דל"ש אבל תוך זמנו אף כשהלוה חי אינו יכול לטעון פרעתי. רק כשכתב נאמנות להלוה אמרינן דתו"ז כלאחר זמנו וא"כ טענינן ליתמי ג"כ. ומיושב שפיר קושי' התומים וגם קושי' הביאורי הגר"א מד' בעה"ת והטור הנ"ל ועי' עוד בבית יהודא מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן עב

סעיף א (א) **בהג"ה** מקרי שולח יד בפקדון. וכ"מ דאם אומר הראשון כך וכך נתקלקל מחמת למודו וזה שלמד מתוכו אומר שלא נתקלקלו דה"נ בשבועה לפטור נפשי' אלא הממשכן נשבע ונוטל ודוקא כשיש עדים שלמד מתוכו דאל"כ נאמן בשבועה במגו דלא למדתי מתוכו ואין אדם נעשה גזלן ופסול עפ"י עצמו כ"כ המרדכי בפ' א"מ בשם ראב"ן הובא בסמ"ע בס"ק ה' והקשה בשעה"מ בס"ק ב'. דנהי דנפסל לשבועה עפ"י עדים שלמד בתוכו מ"מ אמאי הממשכן נשבע ונוטל הא חשוד על השבועה אין שכנגדו נוטל אלא בשבועה דאורייתא ולא בשבועת היסת כו'. וא"כ הכא שאמר שלא חסרו מדמיו כלום הרי הוא כופר הכל ופטור לגמרי עכקוש"י. ולא ידענא מאי קשי' לי' כיון שיש עדים שלמד בתוכו הרי שלח בו יד והוי גזלן לדעת הראב"ן הנ"ל ומש"ה שכנגדו נשבע ונוטל כל מה שחסרו ואפשר דזהו נמי כונת השעה"מ בתי' יעוש"ה. אבל א"ל לטעם דשואל שלא מדעת גזלן הוי דבלא"ה ניחא מטעם שליחות יד וכמ"ש. וראיתי בשערי בינה שער כ' דין ד' אות י' חקר לענין שולח יד בפקדון אי הוי פסול לשבועה וכ' דבדין זה מחולק רש"י ותוס' דהתוס' ב"מ ג' ב' וכתובות י"ח ב' וגיטין נ"א ב' ס"ל דהוי חשוד. ורש"י בב"ק ק"ז א' ובב"מ ו' א' ס"ל דלא מקרי רשע בש"י והאריך בזה יעוש"ה. ולא ראה ד' הראב"ן הנ"ל דס"ל בהדיא דבש"י הוי פסול לשבועה ומקרי גזלן ואכע"מ להאריך בזה. ועי' בס' משנת דר"א מ"ש בזה:

(ב) **מצוה** קעביד. וכ' הסמ"ע בס"ק ו' אבל לילך לבית חבירו ולקרות מתוך ספרו שלא מדעתו אסור אפי' לת"ת כו' שמא חבירו יקפיד ע"ז כו' עי' בחת"ס סופר חאו"ח סי' ב' מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף ב (ג) **בין** שמשכנו בשעת הלואה כו'. בש"ך בס"ק ט' האריך וכ' דיכול המוחזק לומר קים לי כרש"י דמשכנו שלא בשעת הלואה חייב באונסין וכ' דמיירי בין שמשכנו שלא בשעת הלואה ברשות עפ"י ב"ד או מדעת הלוה וכן פירש"י בהדיא בפ' האומנים ובפ' הדיינים משכנו שלא בשעת הלואתו עפ"י שליח ב"ד עכ"ד. ובאמת מד' רש"י משמע להיפוך שכ' עפ"י שליח ב"ד משמע אבל מדעת הלוה לא קני מדר"י ולא קאי על זה קרא דולך תהי' צדקה וכן ראיתי בשערי בינה שער ה' אות י"ח שהשיג כן על הש"ך מד' רש"י אלו. ועוד השיג שם

על הש"ך דמד' המחבר לעיל סי' ס"ז סעי' י"ג משמע דלא כהש"ך והאריך בזה. ועי' בקצה"ח בס"ק ב' שכ' דגם דעת הרב ר' יהוסף הלוי שהביא הג"י בפ"ק דמציעא הוא דמדעת הלוה לא קני מדר"י וכן הוא דעת המשל"מ בפ"י מהל' שכירות הל' א' דמדעת הלוה לא קני מדר"י ומפני זה השיג על מוהריט"ן. וכן הוא דעת רבינו ברוך בהגהות מרדכי השניות בש"פ האומנין שכ' שם וז"ל דאין ב"ח קונה משכון אלא במשכנו ע"י ב"ד וגזירת הכתוב הוא כדר"י אבל משכנו שמשא בלא כפי' בין משכנו בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה לא קנה כו'. וראי' מפי' המקבל כו' ודוק מינה טעמא דמשכנו ב"ד כו' הא אם משכנו בעצמו כו' נעשו מטלטלין אצל בניו עכ"ל. הרי דס"ל להדיא דמדעת הלוה לא קני לי' מדר"י. אך מד' הרמב"ם בפ"ג מהל' מלוה הל' ה' ומד' המחבר לקמן בסי' ל"ז סעי' ט"ז מבואר דמדעת הלוה קני לי' מדר"י שכ' שם דאחד הנותן את חבירו בב"ד או שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלוה אם איש עני הוא כו' מחזיר לו הכר בלילה ואת המחרישה ביום במד"א שמשכנו שלא בשעת הלואה אבל אם משכנו בשעת הלואה אינו חייב להחזיר לו כלל עכ"ל. וכיון דצריך להחזיר הרי אית לי' דינא דמשכנו שלא בשעת הלואה ועליו קאי קרא דולך תהי' צדקה וקני מדר"י דלמד מהך קרא וכ"כ הקצה"ח דכן הוא דעת הרמב"ם והמחבר הנ"ל וכן הוא דעת הרז"ה בס"פ המקבל כהרמב"ם וכן נ' דעת הרמב"ן במלחמות שם יעוש"ה. וכן הוא דעת מהרי"ק בשורש פ' כהרמב"ם דגם מדעת הלוה קני מדר"י וכן הוא דעת מהריט"ן שהביא המשל"מ שם כהרמב"ם והרז"ה הנ"ל. אך דעת הראב"ד בהשגות על הרז"ה הובא דבריו בשימקו"ב שם ס"ל דלא כהרז"ה והרמב"ם הנ"ל יעוש"ה. אלא ס"ל כהר"ר יהוסף הלוי ורבינו ברוך הנ"ל. ומה שהשיג הקצה"ח על המשל"מ מד' הרמב"ם הנ"ל כבר קדמוהו בזה השעה"מ בפ"ה מהל' אישות הל' כ"ג והביא ד' הרז"ה והראב"ד הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. ומה שהק' הקצה"ח על הר"י הלוי מפ"ק דקידושין גבי קדשה במשכון כו' ומפ"ק דתמורה עי' בדברי חיים בדיני חמץ בסי' ה' ובדיני הלואה בסי' נ"א מ"ש ליישב והאריך בזה וא"כ נ' דדין זה אי מדעת הלוה קני מדר"י הוי פלוגתא דרבוותא והוי ספיקא דדינא. ובעיקר ד' הש"ך הנ"ל מ"ש בדעת רש"י והשיג על הראשונים עי' בשעה"מ שם ובתומים בס"ק ה' ובנתיבות בס"ק ה' ו' ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' כ"ד נ"ה ובשו"ת רקח ה"א חחו"מ סי' ע"א ובחמדת שלמה בחידושיו לב"מ פ"ב א' ובדברי חיים שם ובס' מקלוע בתורה בס"ק ט' מ"ש והאריכו בזה. עוד כ' הש"ך דמשכנו שלא ברשות השוב גזלן וחייב באונסין לכ"ע ואפי' מה שהמשכון שוה יותר מהחוב כו' ועי' בקצה"ח בס"ק ג' שהשיג עליו ועי' בנתיבות בס"ק ו' ובמשובב נתיבות מ"ש בזה. ועי' במעין גנים ובדברי משפט בסוף הס' בהידושים לסי' ל"ז ובשעה"מ בפ"א מהל' חמץ ומצה ובחמדת שלמה בחידושיו לב"מ קט"ו א' ד"ה וחייב כו' ובס' מנחת הבקר בב"מ שם ובדברי חיים בדיני גביית מלוה סי' ב' ובדיני אבידה סי' א' ובמנחת חינוך מצוה ל"ח ובס' ישועות ישראל ס"ק ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ואכעמ"ל בזה:

(ד) **הרי** זה ש"ש. הטעם משום דמשתכר בפרוטה דרב יוסף. עי' במשל"מ בפ"י מהל' שכירות הל' א' שהביא בשם מהרש"ך ח"ב סי' קס"ע שכ' דאפי' למ"ד דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י אפי"ה לא אמרינן בי' מאי דאמרינן בשאר ש"ש להכי יהבינן לך אגר כי היכא דלנטרי' לי' נטירותא יתירא כו' יעוש"ה. ולפ"ד יש ליישב הא דאמרינן בב"מ נ"ח א' השוכר את הפרה כו' דאין נותנין לו שכר שבת וע"כ אין אחריות שבת עליו מש"כ בסיפא דהי' שכיר שנה נותנים לו שכר שבת ואחריות שבת עליו. וקשה דאפי' ברישא הוא ש"ש מכח פרוטה דר"י וכן ראיתי בנתיבות בס"ק י"ט שהק' כן. ולפ"ד מהרש"ך הנ"ל ניחא די"ל דכ"מ בנטר כדנטרי' אינשי דהיכי דנוטל שכר מ"מ חייב דא"ל להכי יהיב לך לנטורי נטורי יתירתא. משא"כ ברישא דהוא ש"ש משום פרוטה דר"י פטור דהא נטר כדנטרי אינשי. אך המשל"מ שם השיג על מהרש"ך מד' מהרי"ק שורש קנ"ה וכן השיג עליו בקצה"ח בס"ק ה' מד' התוס' והרא"ש והרשב"א בב"ק נ"ז א' והאריך בזה. וכן ראיתי בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהביא ד' המשל"מ וכ' דכן מוכח מד' התוס' והרא"ש והרשב"א אלו. ולדבריהם צריך ליישב בקושי' הנ"ל או כמו שתי' הנתיבות שם או כמ"ש לקמן בס"ק ט' יעוש"ה: ועי' בחת"ס סופר החו"מ סי' ע"ז שכ' כמהרש"ך הנ"ל. וכ' דכן הוא דעת הראב"ד שהביא הרא"ש בפ"ז דב"מ סי' ח' והאריך בזה ועי' בחמדת שלמה בחידושיו לב"מ פ"ב א' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בכנה"ג כאן בהגהות ב"י אות כ' שהביא ד' מהרש"ך משמע דס"ל נמי כמהרש"ך הנ"ל וא"כ לענין דינא נ' דהוי דין זה ספיקא דדינא:

(ה) **ואם** נאנס המשכון כו' וישלם לו בעל המשכון את חובו. וכ' הסמ"ע בס"ק י"ג היינו דוקא אם אין הלוה מכחישו בברי כו' והוי כא"י אם החזרתי לך ומשמע משם דאם טוען הלוה ברי לי שהמשכון בידך או מכרתהו וקבלת דמיו דנשבע הלוה היסת ונפטר כו'. אלא שש"ע שכ' שם הטור כו' דמשמע הא במקום שאין לו מגו כו' המלוה נאמן וצ"ל דהטעם דמגו לא כ' אלא אהא דפטור הלוה בהיסת וס"ל דבמקום שאין לו מגו אף דאין המלוה נאמן כו' מ"מ הלוה הי' צריך לשבע שבועה המורה נגד טענת המלוה כו' מ"ה קיצר המחבר ולא כ' דפטור משום מגו עכ"ד. ובש"ך בס"ק י"ד השיג עליו וכ' דהיכא דל"ל ללוה מגו המלוה נשבע ונוטל והביא ראי' מבעה"ת בשער מ"ט ח"ב וכ"כ הש"ך בס"ק קכ"ו דאם אין ללוה מגו המלוה נשבע ונוטל והשיג על הסמ"ע והביא ראי' מבעה"ת הנ"ל. ובתומים בס"ק ט' השיג על הש"ך וכ' דמה הבדל יש בין כל המשכון למקצתו אם המשכון אינו והמלוה אומר שקל הי' שוה ולוה אומר סלע אין להוציא מיד הלוה כלום ואפי' ליכא מגו דפרעתי כו' והטעם דהלוה טוען ברי דאינו חייב לך ואנו הולכין בכל המשכון דהמלוה אומר באונס נאבד דה"ל כאומר המשכון אינו שוה כלום והלוה אומר בפשיעה כו' לא יהי' הלוה נאמן בלי מגו כו' וכמו דשם הדבר ספק לב"ד כן לענין שוי' של המשכון ואם אמרו בזה דאינו ענין נשבע אף בשיווי המשכון נימא כן הלואה שלם ובמשכון אם התבע למלוה שומר שלך לשלמו ישבע כמה הי' שוה עכ"ד והאריך בזה. ומסיק כהסמ"ע דמגו לאו דוקא וכ"כ באורים בס"ק ט"ו דהעיקר כהסמ"ע ובנתיבות בס"ק י' כ' דהעיקר כהש"ך דהא ודאי אם טוען יש לי בידך פקדון נגד מלוה הו"ז כו' א"כ. והטעם דטענת יש לי בידך טענה גרועה היא וא"כ בלא מגו דדוקא טענת פרעון טענה מעלי' היא כו' וכן בודאי אפי' אם ידוע לו שהי' פקדון ביד המלוה וטוען מכרת או פרעת בו הוי ממש כטוען יש לי בידך כנגדו דהוי טענה גרועה דהחזוקי אנשי בגנבי או בפושע לא מחזיקינן כו'. ולפ"ז ה"ה במשכון כשטוען מכרת דהוי כגזלן או פשעת דהוי טענה גרועה וא"כ בלא מגו כו' אבל אם טוען המשכון בידך והמלוה טוען החזרתי לך המשכון נ' דהלוה נאמן דבזה אדרבה טענת המלוה גרועה דלמה הי' להחזיר המשכון אחר שלקחו כו' הוי כמו שובר עכ"ד. ולא נהירא דהא כ' הש"ך לקמן בסי' קל"ג ס"ק י"ב דלא מהני מגו נגד אחזוקי אנשי בגנבי יעוש"ה. ועוד דהא הטור שם חולק על הרמב"ם וס"ל דכשטוען פ' מכרם לי וזה טוען השאלתי לו ומכרם לא הוי כטוען גנב ממני ולא אמרינן בזה אחזוקי אנשי בגנבי לא מחזיקינן. וצ"ל דס"ל להנתיבות דלא הוי ממש כטוען גנבת ממני דלא מהני מגו ומ"מ גרע טענתי' וא"כ רק במגו ודמי לטוען יש לי בידך כנגדו. אבל מ"מ דבריו לא נהירא דל"ד כלל דהתם שאני כיון דודאי חייב לו ומה שטוען יש לי בידך כנגדו מלתא אחריתי היא באינו ידוע לנו כלל ומה"ת נימא שיש לו בידו אבל כאן שידוע שהי"ל משכון ואינו ידוע מה נעשה למה נאמין יותר למלוה שנאנס מטענת

הלוה

הלוה דבידך הוא מכרתו וקבלת דמיו וכן השיג על הנתיבות הותני הגאון מו' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטמייטין וקושי' התומים הנ"ל משעי' ט' י"ל כמשה"י בדברי משפט בס"ק ה' יעוש"ה. ועי' בבית שמואל אחרון בחו"מ סי' נ"ה ובס' זית רענן ח"ב החו"מ סי' כ"ז מ"ש והאריכו בזה ועי' בקצה"ח בס"ק כ"ט שכ' דדין זה תליא בפלוגתא דרבה ור"י דלהפוס' כר"י הוי דינו דזה גובה וזה גובה כו' א"כ אלא במגו אבל לדעת הפוס' כרבה כו' נאמן בלא מגו עכ"ד. ובנתיבות בס"ק הנ"ל השיג עליו ועי' בדברי חיים בדיני הלואה בסי' מ"ג מ"ש על ד' הקצה"ח והאריך בזה. ועי' עוד בדברי משפט בס"ק א' מ"ש בענין אם המלוה טוען דנאנס המשכון ותובע ללוה מאתים דהלוה לו ולוה אומר דלא הלוהו רק מנה אי חייב לשבע ש"ד דמודה מקצת וכ' דתליא במחלוקת הרמב"ן והר"ן בשבועות מ"ג גבי מלוה על המשכון והאריך בזה יעוש"ה:

(ו) **אלא** ש"א. עי' בש"ך בס"ק י"ח שהביא תשובות רש"י ומה שתמה עליו ועי' בתומים בס"ק י"ב ובנתיבות בס"ק י"ב מ"ש ליישב קושי' הש"ך ועי' בבית יהודא מה שהשיג על התומים ומיישב קושי' הש"ך על נכון ועי' בשעה"מ בס"ק י"ד מ"ש ליישב והאריך בזה ועי' בכנה"ג בהגהות ב"י מה שהק' על ד' רש"י דמשמע מדבריו דמשכנו שלא בשעת הלואתו בע"א קונה משכון ואפי' אם הוא בעין יחזקנו ותמה על זה דלא אמרינן בע"א קונה משכון אלא כשנאבד כו' אבל כשהמשכון בעין ברשות מארי' קאי ונותן לו מעותיו עכ"ד ועי' בס' תרומת הכרי מ"ש ליישב זה יעוש"ה:

סעיף ג (ז) **וחזר** המלוה והפקידו ללוה כו' בקצה"ח בס"ק י' כ' דהמלוה אסור לקבל שכר במה שהשאיל המשכון ללוה שלו משום חשש רבית והביא ראי' מד' התוס' בפ"ק דקידושין ח' ב' בתי' הא' דס"ל דאי אינו קונה ה"ל רבית דברים כשמברכו הטעי כו' אבל אם הי' משכון שלא בשעת הלואה כגון עפ"י ב"ד כו' בזה שפיר דמי לקבל מתנה עבור חזרת המשכון עכ"ד. ובנתיבות בס"ק ט"ו השיג עליו וכ' דאפי' במשכנו שלא בשעת הלואתו ג"כ אסור והביא ראי' מיו"ד סי' קס"ד ועי' במשובב נתיבות מה שדחה ראי' והשיג עליו והאריך בזה ועי' בבית יהודא שהשיג על הקצה"ח וכ' דהתוס' בקידושין שם כ' עוד תי' כו' והש"ך בס"ק ט' נמי ס"ל כהתי' הב' ועפ"י אלה הדברים הי' מותר לקבל מתנה עבור חזרת המשכון ללוה עכ"ד וסיים בל"ע. ועי"ש עוד מ"ש על הנתיבות והאריך בזה יעוש"ה. ומ"מ לענין דינא נ' עיקר כהנתיבות וראי' לזה מב"מ קי"ד ב' ת"ר ואם איש עני הוא לא תשכב בעבוטו הא עשיר שכיב מאי קאמר ופי' רש"י וכי בשביל שהוא עשיר התירו לשכב על טליתו והרי הוא רבית אלא שישתמש במשכונו חנם עכ"ל. ולהקצה"ח הנ"ל מאי קושי' דלמא כיון דקני לי' מדר"י בשלו הוא משתמש ואינו רבית א"ו פשיטא לי' להש"ס דקנין דר"י לא מהני כלל לענין איסור רבית דכיון שא"ל קנין גמור במשכון והלוה יכול לסלקו במעות אסור להשתמש בו משום רבית וה"ה שאסור לקבל שכר מהלוה עבור מה שמניח לו להשתמש במשכונו ומוכח כהנתיבות הנ"ל ואפי' לא קצב עמו בתחלת הלואה מ"מ ודאי אסור מדרבנן משום הערמת רבית. וכן עיקר לדינא וכן הסכים לזה הותני הגאון מו' יצחק צבי ז"ל דהעיקר כהנתיבות הנ"ל לדינא:

(ח) **בהג"ה** נעשה עליו שומר. עי' בסמ"ע בס"ק כ"א שהביא ד' הר"ן בתשובה סי' י"ט בראובן שהשאיל ספר אחד לשמעון וכו' למשכון כו' שחייב להחזיר לשמעון דאין שמעון חייב באונס ספר של ראובן שהי' בידו ובש"ך בס"ק כ"ט כ' דדין זה תליא אי הלכה כרב יוסף או כרבה ולדידן הוי ספיקא דדינא כו'. ותמה על הסמ"ע דלא הי' לו לכתוב ד' הר"ן בפשיטות ועי' בתומים בס"ק י"ח ובקצה"ח בס"ק ל"ד ובנתיבות בס"ק י"ז ובמשובב נתיבות ובדברי משפט בש"ק ב' ובמקצוע בתורה ס"ק כ' ובמעין גנים ובס' ישועות ישראל בס"ק י' ובמחנה אפרים הל' שאלה ופקדון סי' ג' ובהמקנה בקידושין מ"ז ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ה (ט) **ולא** לנאמן דין ש"ש. בנתיבות בס"ק י"ט כ' דל"ש פרוטה דר"י רק במקום שעוסק במלוה שהוא מצות עשה ומוטל עליו בחיוב ואסור לקבל עליו שכר כגון בהלואה או בהשבת אבידה אבל לדקה החיוב מוטל על כל אדם ליתן לדקה אבל אין חיוב ומ"מ מוטל על שום אדם להיות גבאי לדקה כו' ע"ז ל"ש פרוטה דר"י וראי' לזה מב"מ כ"ח השוכר את הפועל לשמור את הפרה והזרעים דאם אין נותנים שכר שבת אינו אלא ש"ח ולא הוי ש"ש משום פרוטה דר"י וע"כ הוא מהטעם דאין עליו מ"ע להיות שומר לפרה ויכול לטול שכר ע"ז עכ"ד. ובאמת מד' התוס' בשבועות מ"ד ב' ד"ה שומר חנם מוכח להדיא דלא כהנתיבות שהביא שם ראי' דש"ש פטור אפי' מפסיעה מס"פ החובל גבי ארנקי דלדקה כו' ובעי למפטרי' משום לשמור ולא לחלק לעניים והתם ש"ש הוי לר"י כו' משום דלא בעי למיתב ריפתא לעניא עכ"ד. הרי להדיא דס"ל להתוס' דאף במלוה שאינה מוטלת עליו שייך פרוטה דר"י דלא כהנתיבות וכן ראיתי בדברי חיים בדיני שומרים סי' י"ט בהג"ה שם שהשיג על הנתיבות מד' התוס' אלו יעוש"ה. ועוד קשה על הנתיבות מהא דאמרינן בסוכה כ"ו ובאו"ח סי' ל"ח סעי' ח' כותבי תפילין ומזוזות הן ותגריהן ותגרי תגריהן וכל העוסקים במ"ש לאתויי מוכרי תכלת פטורין מן התפילין ומכל מצות האמורות בתורה משום דעוסק במלוה פטור מן המלוה. וא"כ בכלל זה דפטורין מליתן ריפתא לעניא ואע"ג דנוטלין שכר על מלאכתן ועסקיהם וגם אין מחויבין להיות כותבי ספרים תו"מ ולמכור תכלת אפ"ה פטורין מן המלוה וה"ה מליתן ריפתא לעניא. ועי' במג"א שם בס"ק ה' מ"ש בזה וקושי' הנתיבות מהא דב"מ הנ"ל לק"מ דהא דפרש"י שם לשמור את הפרה היינו פרה אדומה ותינוקת שלא יטמאו שהי' מגדלין אותן לפרה ולשמור את הזרעים לעומר היינו משום דקאי שם לרבה דלא ס"ל פרוטה דר"י אבל לר"י יש לפרש לשמור את הזרעים ותינוק דעלמא לצורך הדיוט וכן זרעים דהדיוט ולשנא דהשוכר את הפרה הכי משמע ביחיד ששוכר דאלו פרה אדומה ועומר הי' באים משל צבור וגם בתוספתא דשבת בפי"ח הלכה ט"ז איתא לשמור לו את הפרה משמע לצורך וקושי' הש"ס היא מזרעים וכן פי' בשימקו"ב שם בשם ר"ח והר"ן דהברייתא איירי בהדיוט וקושי' הש"ס היא מזרעים ולק"מ קושי' הנתיבות הנ"ל. וכן תי' חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל קושי' הנתיבות ועי' בדברי חיים שם שתי' קושי' הנ"ל משום דהוי היזק שאינו ניכר והאריך בזה ועי' בתומים לעיל בסי' ס"ו ס"ק ס"ז מ"ש בזה:

סעיף י (י) **ישבע** המלוה שא"צ וא"כ ישבע הלוה כמה הי' שוה. עי' בפני יהושע בב"מ ל"ה א' ד"ה ר"א שהק' דאמאי לא מהימן המלוה דשקל הי' שוה במגו דהי' טוען דנאנס המשכון דהי' גובה כל חובו מהלוה לדעת הפוס' דס"ל דאמרינן מגו להוציא עכקוש"י והאריך בזה ליישב. וכן הק' התומים בס"ק כ"ט על הדין דסעיף הקודם. ושוב ראיתי בדרישה בס"ק ה' שהק' קושי' זו ותי' דאין זה מגו דירא לטעון שמא יראוהו בידו היום או מחר עכ"ד. ובאמת דבריו תמוהין דא"כ היכי מהימנינן לי' בכל דוכתי לטעון לקוח במגו דהחזרתי נימא דירא לטעון החזרתי שיראוהו בידו אחרי כן וכן ראיתי בשעה"מ בס"ק י"ד שהשיג כן על הדרישה. ונ"ל ליישב לפמ"ש בשו"ת יוסף בכללי מגו ובבאר יעקב בכללי מגו הטעם דלא אמרינן מגו דהטעה לאפטורי משבועה משום דהוי תרי מגו גרוע חדא לאפטורי משבועה ועוד דהוה מגו דהטעה ואף דמגו לאפטורי משבועה לחודה אמרינן וכן מגו דהטעה לחודה אמרינן מ"מ

מ"מ תרי מגו גרוע בהדדי לא אמרינן יעוש"ה . ואינם כעת ת"י ועי' בתומים בכללי מגו בסי' ד' שכ' דמגו דהעזה וגם להוליא לא אמרינן אף בברי ושמא וכונתו נמי משום דהוי תרי מגו גרוע וא"כ ניחא דהא מגו דנאנסו הוי מגו דלא שכיח . ועי' בסמ"ע בסי' ק"ח ס"ק י"ז שהק' איך נאמן לטעון על השטר החזרתי במגו דנאנסו הא הוי מגו דלא שכיח ותי' דהחזרתי הוי העזה ומהעזה ללא שכיחא אמרינן מגו והכא הטענה דשקל הי' שוה לא הוי העזה דהלוה יחשוב דהמלוה לא קים לי' בגוי' מש"ה טעין הכי ועי' בתוס' בשבועות מ"ה ב' ד"ה מתוך שכ' כעין זה יעוש"ה וא"כ הוי מגו דלא שכיחא . ואף דהש"ך לקמן בסי' פ"ב בכללי מגו ס"ק כ"ב ס"ל דאמרינן מגו דל"ש והגיה ד' רבינו שמשון בל"ע ועי' בביאורי הגר"א שם בס"ק ט"ו ובתומים בכללי מגו בסי' מ"ו ובנתיבות בכללי מגו סי' י"ד מ"ש בזה . מ"מ הוי מגו גרוע כיון דלא שכיחא אף להש"ך וכיון דהוי להוליא וגם ל"ש הוי תרי מגו גרוע ולכ"ע לא אמרינן תרי מגו גרוע ולק"מ קושי' הדרישה והפ"י והתומים הנ"ל ועי' בשערי בינה שער י"ב אות י"ד ובשעהמ"ש בס"ק הנ"ל ובהגהות ר' ברוך פרענקיל על הפ"י ובס' מעיני החכמה בב"מ שם מ"ש בזה יעוש"ה ואכע"מ להאריך בזה . ועי' בקלה"ח בס"ק ט"ז שכ' דאם המלוה אמוד יחלוקו ובנתיבות בס"ק כ"ה השיג עליו וכ' דהנתבע פטור כשהמלוה אמוד ועי' במשובב נתיבות מ"ש והאריך בזה :

סעיף י"ב (יא) **וא"י** כמה כו' עי' בקלה"ח בס"ק ט"ז מה שהק' מסעי' ט"ז גבי מלוה על הטבעת ומה שתי' בזה . ועי' עוד בקלה"ח בסי' פ"ח ס"ק כ' מ"ש בזה ועי' בנתיבות שם ס"ק כ' מה שהשיג עליו ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ט"ו מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

(יב) **ה"ל** משואל"מ . בש"ך בס"ק כ"א מסיק דהעיקר כהרמב"ם וסייעתו דאף היכא דלא ה"ל למידע הוי משאיל"מ אך היכא דהתובע עלמו יודע שהנתבע א"י בזה לא הוי משואיל"מ אף להרמב"ם . ומיישב בזה קושי' התוס' בש"פ הפרה להרמב"ם וגם מיישב בזה ד' התשו' מיימוני לס' קנין סי' י"א . הנה לפ"ד מיושב קושי' הפ"י בב"ק ו' ב' ד"ה אמר רבא ובגיטין מ"א ב' ד"ה המוליא כו' ובחידושי רע"א שם שהק' דלמא איירי בניזק ברי ומזיק שמא והייב דהוי כאנסים ידענא ואמסיק לא ידענא דהוי משואיל"מ ע"כ קושי' . והאריכו בזה ליישב . וכן הק' בשערי בינה שער י"ב אות ג' והאריך בזה ליישב יעוש"ה . ולפ"ד הש"ך הנ"ל ניחא דהתם התובע דהוא הניזק עלמו יודע דהמזיק א"י אם אכל בהמתו כחושה או שמינה אף להרמב"ם לא הוי משואיל"מ ולק"מ קושי' הפ"י והגאון רע"א והשערי בינה הנ"ל . וכן ראיתי בפתחי תשובה בס"ק י"ד שהביא ד' השבו"י ח"ב סי' קנ"ז שהביא ראי' להש"ך מאמת קושי' הפ"י הנ"ל ואין השבו"י ת"י . ושוב ראיתי בס' משנת דר"א במהדורא קו"ב שהק' קושי' זו והביא ראי' להש"ך מאמת קושי' זו ולא ראה ד' השבו"י הנ"ל שכבר הקדימו בזה . וגם לפ"ד הש"ך הנ"ל מיושב נמי קושי' התוי"ט בפ"י דב"מ ד"ה אם הי' שהק' ד' הנ"י אהדדי דברפ"ה דב"ק כ' דהיכא דלא ה"ל למידע ל"א משואיל"מ ובפ"י דב"מ כ' בשם הרנב"ל דאף היכא דלא ה"ל למידע אמרינן משואיל"מ והניח בתימא . ולפ"ד הש"ך הנ"ל ניחא דבר"פ הפרה הניזק עלמו יודע דהמזיק א"י בזה לכ"ע ל"א משואיל"מ ומיושב ד' הנ"י . וכן ראיתי בס' כתונת פסים בפ"י דב"מ שתי' כן ד' הנ"י אלו ועי' בחמדת שלמה חחו"מ סי' ו' שכ' נמי להוכיח כהש"ך והאריך בזה יעוש"ה . אבל באמת ד' הש"ך לא נהירא וכמו שתמה בספר מקלוע בתורה בס"ק ל"א דעיקר הסברא דאמרינן משואיל"מ משום דהא בלא"ה איכא מ"ד ברי ושמא ברי עדיף שאפי' בלא עסק שבועה לריך לשלם אלא דר"נ ס"ל דאוקי ממונא בחזקת מרי' וביש עסק שבועה תו לא אלימא חזקת ממון דהא אם אינו רולה לשבע נחתינן לנכסי' כדלקמן בסי' פ"ז וכיון דלא אלימא חזקת ממון ואיכא חיוב שבועה מחמת הודאה במקצת ואינו יכול לפטור עלמו בשבועה אמרינן דברי התובע עדיף לכ"ע וא"כ מה בכך שמודה לו שא"י הא לא נתחייב לשלם בשביל שא"כ נומר א"י אלא דאנן אמרינן דברי התובע עדיף והנתבע א"י לפטור עלמו בטענה ברורה ולקיים דבריו בשבועה עכ"ד והאריך בזה . ומה שהביא הש"ך ראי' מד' התשו' מיימוני עי' במקלוע בתורה שהשיג נמי עליו והאריך בזה ועי' בעטרת חכמים בחידושיו לשבועות בפ' כל הנשבעין מה שהשיג על הש"ך יעוש"ה ואינו כעת ת"י . וקושיית הפ"י והגאון רע"א והשערי בינה הנ"ל בלא"ה לק"מ דהא עיקר הקושי' הוא לדעת הרמב"ם דס"ל דאף בלא ה"ל למידע אמרינן משואיל"מ דלדעת התוס' והראב"ד ל"ק דהא לא ה"ל למידע ולשיטתם ל"א בזה משואיל"מ . רק דהקושיא היא להרמב"ם והא הרמב"ם ס"ל בפ"ה מהל' טוען הל' ב' לדעת ה"ה והר"ן והנ"י דתביעה בהמה מחמת קרקע הרי היא כקרקע וא"כ לפ"ד הרמב"ם ל"ש בזה משואיל"מ דהרי הוא כקרקע כיון דהתביעה באה מחמת ערוגה ובקרקע ל"א משואיל"מ דהא אין נשבעין ש"ד על הקרקעות ובשבועה דרבנן ל"א משואיל"מ וכדלקמן בסי' ע"ה סעי' י"ד ובתוס' ב"מ ג' ב' וכתובות י"ח ב' וגיטין נ"א ב' ולק"מ קושי' הפ"י והגאון רע"א והשערי בינה הנ"ל . וגם ד' הנ"י הנ"ל נמי ניחא בלא"ה דבפ"י דב"מ הביא כן בשם הרנב"ר אבל הנ"י בעלמו ס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע ל"א משואיל"מ וכמ"ש בר"פ הפרה ולק"מ קושי' התוי"ט הנ"ל . וכן ראיתי בחכם לבי בסי' נ"ב שכ' כן ליישב ד' הנ"י הנ"ל ועי' בבית יהודה ובמעין גנים ובהפלאה בכתובות כ"ז ב' גבי מרי בר איסק ובבית שמואל אחרון אהו"מ סי' נ"ה נ"ו ובס' יש התלמוד בר"פ הפרה מ"ש והאריכו בזה . וראיתי במקלוע בתורה שם שהק' דעיקר ראיית התוס' מהירושלמי שהביא הרא"ש בפ' הכונס כו' ומאי קושיא הא הך דירושלמי איתא אתא עובדא לקמי' דרב ורב לא ס"ל משואיל"מ ע"כ קושי' . אך ראיתי בתשובות בית אפרים חחו"מ סי' ס' שהק' נמי קושיא זו וכ' דבבעל העיטור איתא הגירסא אתא עובדא קמי' דר' אמי יעוש"ה . וראיתי בהגהות חכמת שלמה שהביא ראי' לדעת הרמב"ם דבלא ה"ל למידע הוי משואיל"מ מהא דפריך הגמ' בב"ק י"ד ב' אלא למ"ד מודה בקנס וא"כ באו עדים חייב מאי איכא למימר כו' ומאי פריך נימא דקמ"ל דוקא עפ"י ב' עדים אבל בע"א אפילו הניזק אומר אינו יודע פטור מכח דלא ה"ל למידע ובע"כ דגם בלא ה"ל למידע חייב ובמכחיש בברי פשיטא דלא מהני ע"א עכ"ד . וכ' שהיא ראי' גדולה ובאמת אין כאן ראי' כלום דגבי קנס ליכא חיוב שבועה ואף ע"א אינו זוקק לשבועה בקנס וכ"כ התוס' בב"ק מ"א ב' ד"ה מודה כו' וברשב"א שם . וכן מבואר להדיא בירושלמי בשבועות בפ"ו הל' א' הובא בהרא"ש שם סי' ה' ובר"ן שם ובחידושי הרשב"א שם דקאמר הרי שנים מחייבין אותו קנס שנייה היא שאין נשבעין על הקנסות עכ"ל . וקאי זה על מה דקאמר שם לעיל מיני' כל מקום שב' מחייבין אותו ממון ע"א זוקק לשבועה הרי מבואר להדיא מד' הירושלמי דע"א בקנס אינו זוקק לשבועה ולא ראה החכמת שלמה ד' התוס' והרשב"א והירושלמי אלו ועי' לעיל בסי' א' ס"ק י"ב מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

סעי' יג (יג) **בהג"ה** הי' עדים שגנב והי' שוה יותר על דמי החוב כו' . עי' ש"ך בס"ק כ"ג שהשיג על הסמ"ע וכ' דבעינן דוקא עדים דאל"כ נאמן במגו כו' ועי' בתומים בס"ק כ"ז שהק' ב' קושי' על הש"ך וקושי' הראשונה הק' נמי במעיין גנים ולא ראה שכבר הקדימו בזה התומים ועי' בפ"י בב"מ ל"ה א' ד"ה לא קים לי' שהק' נמי כהקושי' שני' של התומים ועי' בנתיבות בס"ק כ"ז מה שנדחק ליישב ד' הש"ך ועי' בבית יהודא מה שמיישב בטוב קושי' התומים והאריך בזה . ועי' בשערי בינה שער ד' אות א' ובשער ט' אות ד' ובשער י"ז אות ז' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

(יד) **שלא** פשע בו . בש"ך בס"ק כ"ה כ' דלריך ג"כ לשבע שאינו ברשותו והוי ש"ד שבועת השומרים ובאורים

בס"ק

בס"ק נ"ט תמה דהא מיירי שיש עדים שנגנב ומה שבועה שא"ב איכא כאן עכ"ד . ונ"ל דנדפס בטעות ד' הש"ך וקאי על ד' המחבר בסעי' זה שכ' דנשבע המלוה כו' וע"ז קאי ד' הש"ך וכ"כ הנתיבות בס"ק כ"ז במוסגר או י"ל דקאי על ד' המחבר בסעי' כא"ז שכ' דישבע המלוה שא"ב כו' וע"ז קאי ד' הש"ך דבזה צריך לשבע מדאורייתא שבועה שא"ב וכ"כ בס' מעין גנים :

סעי' יד (טו) **ישבע** המלוה שא"ב כו' וגובה חובו מהלוה כו' . ואם טוען המלוה להד"ם או החזרתי על המשכון יכול הלוה לשבע סתם שאינו חייב לו כלום וכמבואר לקמן סעי' י"ז בהג"ה . ועי' בש"ך בס"ק פ' ולקמן בסי' ע"ה בסמ"ע בס"ק י"ז ובש"ך שם בס"ק כ"א . והק' בס' מעין גנים דא"כ מאי פריך הגמ' בשבועות מ"ה ב' שבועת שומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"ם יכול לומר נאנסו כו' והא משכחת לה במלוה על המשכון וטוען המלוה נאנסו דבזה ל"ל מגו דעל טענת להד"ם או החזרתי הי' הלוה נאמן דיש לו בידו משכון עד כדי חובו והי' פטור מהחוב לכן טוען המלוה נאנסו דע"ז א"י הלוה להכחישו ומחויב הלוה לשלם החוב שלו בזה דהוי כא"י אם פרעתיך ומשום דל"ל מגו צריך שבועת שומרים ע"כ קושי' . והניח בל"ע . וכן הקשה בבית יהודא בסעי' כ"ז ובבית יהודא בכללי מגו אות ו' ובס' זית רענן ח"ב חחו"מ סי' כ"ט אות י' ובס' כפות זהב ברישא דדהבא אות כ' יעוש"ה . ונ"ל ליישב דהמחבר סיים משום דהלוה הוי א"י אם פרעתיך ואף דלא ה"ל למידע ס"ל להמחבר דא"י אם פרעתיך חייב אף בלא ה"ל למידע וא"כ י"ל דהרמב"ן שהוא מקור דהוי דינא דיכול הלוה לשבע שאינו חייב לו כלום וכמבואר בב"י לקמן בסי' ע"ה מחודש ע"ז ס"ל דא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע דכן ס"ל לכמה פוסקים ואכמ"ל בזה . וא"י"ה לקמן בסי' ע"ה אבאר זה באריכות . וא"כ י"ל הא דנאמן המלוה בשבועה דנאנסו להוציא חובו מן הלוה הוא מתקנת חכמים וכמו שמצינו בב"מ כ"ח א' דנשבעין השלוחין שנאנסו ונוטלין שכרן והוא מתקנת חכמים וכמ"ש הנתיבות בסי' ש"ג ס"ק ג' . וא"כ י"ל דה"ה הכא הוי תק"ח וכ"כ בס' נחל יצחק בסי' ע"ה ס"ק ג' דזהו מת"ח ומן התורה י"ל דאין המלוה נאמן בשבועה להוציא מהלוה וא"כ ניחא דקושיית הגמ' היא שבועת שומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה והא מה"ת אין המלוה יכול להוציא ממון מן הלוה אף בטענת נאנסו וא"כ ל"ל דמיירי בכה"ג שיש משכון בידו ושפיר קושי' הגמ' ומדויק שפיר לישנא דחייב רחמנא הוכא משכחת לה ולק"מ קושי' הנ"ל . וכן תי' בנחל יצחק שם בכה"ג קושי' הגאון רע"א בתשובה סי' קע"ה והאריך בזה. ושוב ראיתי בס' ברית יעקב חחו"מ סי' פ"ט שהק' נמי קושי' המעין גנים והבית יהודא הנ"ל והאריך בזה ליישב וא"כ כ' ליישב קושי' הגאון רע"א הנ"ל דהכא אקרא קאי והא דנשבעין ליטול שכרן הוא רק מדרבנן יעוש"ה . ולא כ' ליישב בזה קושי' הנ"ל. ובאמת לפ"ד מיושב נמי קושיית המעין גנים והבית יהודא הנ"ל וכמ"ש . אך לפ"ד המחבר הנ"ל דס"ל דהוי א"י א"פ והרמ"א נמי משמע דס"ל כן ובסעי' י"ז הביא ד' הרמב"ן הנ"ל וא"כ הדרא קושי' לדוכתא . ונ"ל כמ"ש בזית רענן שם או כמו שתי' הברית יעקב שם . ועוד י"ל דקושי' הגמ' הוא לרב"ח דס"ל בב"ק ק"ז דארבעה שומרים צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת שפיר מקשה רבא שבועת שומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה כו'. דל"ל דמשכחת לה דיש לו משכון וטוען המלוה שנאנס וכנ"ל ז"א דהא לרמי בר חמא דבעי הודאה במקצת א"כ לפי טענת המלוה מנה לי בידך אינו מודה כלל במשכון או בפקדון דהא נגד הודאה מהמשכון או מהפקדון שוב תובע מהנתבע מנה ושפיר קושיית הגמ' . וכן ראיתי בבית יהודא בסוף הס' בקונטרס מנחת יצחק בסי' ע"ה סעי' ז' שתי' כן ועי' בתשובת רע"א הנדפס מחדש בסי' קנ"ג ובשאילות שמואל בכלילת שמואל כלל ח' אות קמ"ג בענין חשיד אממון ובס' שם ארי' בקונטרס רוב וס' בממון אות י"ט מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בשעהמ"ש בס"ק ט"ו מ"ש לענין אם המלוה חשוד אי גובה חובו בלא שבועה והאריך בזה ומסיק דכיון שהלוה מוחזק בממון ותפס ברשות יכול לומר קים לי כהרמ"ה והר"ר ישעיה דהוי החשוד משואיל"מ עכ"ד . ועי' בבית יהודא מ"ש עליו והאריך בזה :

(טז) **בהג"ה** נשבע הלוה נגד העד כו' . עי' בש"ך בס"ק כ"ט שכ' דנשבע הלוה שבועת המשנה ובתומים בס"ק כ"ח השיג על הש"ך וכ' דנשבע הלוה ש"ד דהמלוה אין לו על המשכון רק שעבוד עכ"ד . וכ"כ בביאורי הגר"א בס"ק ע"ג כהתומים והשיג על הש"ך ובנתיבות בס"ק כ"ח השיג על התומים וכ' כיון דהלוה תובע למלוה להחזיר לו משכונו הוי כנשבע ונוטל כו' ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ז' מ"ש והאריך בזה :

סעי' טו (יז) **שבל** מינו מטי כו' . עי' בתפארת שמואל שהק' א"כ מאי פריך הגמ' בב"מ ל"ד ב' על ר"ה מהא דקתני מי נשבע מי שהפקדון אצלו כו' ואמאי לא מוקמינן דאיירי במשכון שמינו מטי ע"כ קושי' . וכן הקשה בחידושי הריטב"א שם ועי' בתומים בס"ק כ"ט ובמקלוע בתורה בס"ק ל"ו ובס' משנת דר"א ובחמדת שלמה בחידושיו לב"מ שם ובמעיני החכמה שם ובחכם לבי בסי' כ"ט וברשמי שאלה בסי' כ"ט ובחידושי הרי"מ לקמן בסי' רל"ה ס"ק ד' מ"ש ליישב והאריכו בזה יעוש"ה :

(יח) **כמה** הי' שוה כדי ליטול . בסמ"ע בס"ק מ"ה ובש"ך בס"ק ס"א כ' דמשכחת שהלוה נשבע ונוטל כגון שטוען הלוה סלע הלויתני עליו וב' הי' שוה והמלוה טוען שהי' שוה יותר אבל א"י כמה ויש לו ע"א שלא הי' שוה אלא ה' דינרים כו' הרי הלוה נשבע נגד העד ונוטל סלע מהמלוה כו' וכן הוא להדיא בתשובות הרשב"א וסיים הש"ך דא"כ מוכח מזה דבמשואיל"מ שיש לו עד המסייע אפ"ה אינו פוטרו משבועה וחייב לשלם . וכן מוכח לכאורה בהרא"ש פ"ק דמציעא גבי ויש מקשין הכל וכ"כ בתרס"ד סס"י של"ד דלא כדמשמע לכאורה בב"י לעיל סי' כ"ח סעי' ב' עכ"ד . וכ"כ הש"ך לקמן בסי' פ"ז ס"ק ע"ז דבמשואיל"מ אין עד המסייע פוטרו . הנה מ"ש דלא כהב"י בסי' כ"ח היינו מ"ש שם הב"י על מ"ש הטור שם גבי ישראל התובע לעובד כוכבים כו' דגם בדיני ישראל עד המסייע פוטרו שנתכוין להוסיף אפי' שעובד כוכבים מודה מקצת וע"א מסייע דאע"ג דבדינינו הוי מחויב לשבע ועובד כוכבים אינו יכול משום דלא מהימני לי' ומשלם אפ"ה אם יש לו עד המסייע פוטרו משבועה בדינינו עכ"ל . וכ"כ הט"ז שם כהב"י הרי דס"ל דאף דאינו יכול לשבע אפ"ה עד המסייע פוטרו וע"ז השיג הש"ך דאין עד המסייע פוטרו בכה"ג דא"י לשבע ומשלם וכן ראיתי בתפארת שמואל בחידושיו על הטור שם שהשיג על הב"י מד' הרא"ש הנ"ל גבי ויש מקשין הכל דבמשואיל"מ אין עד המסייע פוטרו יעוש"ה . וכן הביא הט"ז בהג"ה בסוף הסי' בשם מהרש"ך להשיג על הב"י ובאמת אין זה השגה על הב"י הנ"ל די"ל דשאני חשוד דבשלמא היכא דאומר א"י מתחייב ממון משום דהוי משואיל"מ בהא ס"ל להרא"ש דא"י עד המסייע לפוטרו מחיוב ממון אבל גבי חשוד הוא לועך ככרוכי' אני אשבע רק שאנו חוששים שמא ישבע לשוא מניעים ממנו שבועה ואלו הי' יודעים הב"ד שבדין נשבע הי' מניחין אותו לשבע וכאן הרי עדותו בצדו והתורה האמינו לענין שבועה ואיך נפסיד לחשוד הא אנן סהדי דבקושטא הוי משתבע . ומש"ה ס"ל להב"י הנ"ל דבזה עד המסייע פוטרו וכ"כ התומים בסי' פ"ז בס"ק ח' לחלק כן בין חשוד לשאר משואיל"מ ומיישב כן ד' הב"י מהשגת הש"ך הנ"ל וכ' דכן מוכח משבועות ל"ב ב' גבי הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה ט' . ומיישב בזה קושיית התוס' שם והאריך בזה אך לא הביא ד' התפארת שמואל הנ"ל . ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א בסי' פ"ז ס"ק ע"ז שהביא בשם תשובת דת אש סי' י"ח שכ' דדוקא היכא שזה נתחייב ממון בלי שבועת התובע משא"כ אם הנתבע חשוד דהדין שכנגדו נשבע ונוטל עד המסייע פוטרו מלשלם עכ"ד . וכוונתו ליישב קושיית הש"ך והתפארת שמואל הנ"ל וכ"כ הבית יהודא ליישב וכ' דזהו כונת הש"ך

הש"ך שכ' לשון לכאורה ומסיים הגאון רע"א שם דמתוך דבריו ניכר בשניהם חשודים דצריך לשלם ממון גמור אין עד המסייע פוטרו עכ"ד. ולפ"ד התומים הנ"ל אין לחלק ואף בשניהם חשודים נמי עד המסייע פוטר וכ"כ התומים שם בהדיא דאף בשניהם חשודים עד המסייע פוטרו וכ' דבב' חשודים מסתבר טפי לפטור דאל"כ הוה השוכי מטלטלי' כו' וכ"פ באורים שם ס"ק י"ט דבחשוד על השבועה ובפרט בב' חשודים דעד המסייע פוטרו. ומה שהביא הש"ך ראי' מד' הרא"ש הנה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ט' השיג עליו וכ' וז"ל דהא לא הוי ממון דהא היכא דטוען א"י וע"א מעיד דצריך לשלם משום משאיל"מ לא אמרינן היכי ע"א קם לממון וכן בחשוד דצריך לשלם עפ"י העד. עכצ"ל דע"א כי אתי לשבועה קאתי אלא דהוא ממילא חייב משום דא"י לשבע וא"כ ה"ה להיפך כי אתי עד המסייע לפוטרו משבועה וכי נפטר משבועה ממילא תוליכא חיוב ממון עלי'. ועוד דהא עד המסייע יליף לה מהר"ש בק"ו אם זוקק את המוחזק לחייב שבועה אינו דין שיפטור את המוחזק משבועה וזה נמי מצינו למילף בהאי ק"ו אם זוקק את המוחזק לחיוב ממון בדין משאיל"מ א"ד שיפטור אותו מדין משאיל"מ. ולכן נ' דכי היכי דעד מחייבו מדין מתוך ה"נ דיכול לפוטרו מדין מתוך כו' אלא היכא דשומר שמסר לשומר מלבד דהוי משאיל"מ עוד נוסף עליו חיוב ממון משום דהוי א"י אם פרעתיך וכמ"ש הנ"י בפרק השואל למ"ד משעת מסירה אשתעבד ה"ל א"י א"פ כו' ואפילו מאן דל"ל משאיל"מ נמי סובר שומר שמסר לשומר חייב דהא רב ושמואל ל"ל דין מתוך ואפ"ה אשכחן דרב גופי' ס"ל כו' דשומר שמסר לשומר חייב. אלא משום דאפי' מאן דל"ל מתוך חייב בשומר שמסר לשומר משום דהוי א"י א"פ. ואפי' למ"ד משעת פשיעה אשתעבד אפ"ה ה"ל א"י א"פ וכדמוכח מד' הנ"י בפ' הגוזל גבי שואל חמור לרכוב עלי' שלוחו כו' והוי א"י א"פ הרי מבואר דשומר שמסר לשומר ודאי ה"ל א"י א"פ כיון דאינו רשאי בכך ה"ל פשיעה לענין זה והוי א"י א"פ כו'. ובזה ודאי אין ע"א פוטרו דהא ודאי האומר א"י א"פ דנתחייב לשלם והביא עד המסייע שפרע אין ע"א פוטרו ודוקא היכא דחיובא משום שא"י לשבע א"כ ע"א קם לשבועה והוי כנשבע. אבל בחיוב שנתחייב משום שא"י א"פ בזה ודאי אין ע"א קם דהא לממון הוא ממש כיון דאין החיוב משום לתא דשבועה כלל ובזה שפיר כ' הש"ך דאין ע"א קם לממון. אבל היכא דחיובא משום לתא דשבועה וא"י לשבע א"כ כי היכי דע"א מביאו לידי מתוך ה"נ ע"א פוטרו מדין מתוך. ומה שהביא הש"ך ראי' מתשובות הרשב"א עי' משל"מ פ"ה מהל' שאלה דהרשב"א ס"ל דלא מהני עד עפ"י ה'. ומסתימת ד' הטור והשו"ע דלא הביאו הך דינא כו' משמע דלא ס"ל א"ו פוטר. ודברי הסר"י הוא מדין א"י א"פ. מיהו בנסכא דר"א יש להסתפק היכא דיש לו עד המסייע דידי' חטף דאפשר כיון דהעד שמעיד שחטף ה"ל כב' וא"כ תו לא מצי אמר דידי' וממון גמור חייב הוא לשלם א"כ אין ע"א קם לממון. אמנם בשימקו"ב כ' להדיא דאף בנסכא דר"א עד המסייע פוטר אם מעיד דשלו הטף א"כ כ"ש היכא דהוא חשוד הו שטוען א"י דעד המסייע פוטר כיון דאינו אלא משום לתא דשבועה עכ"ל הקצה"ח. הנה מה שהק' דזה לא הוי ממון דהא היכא דטען א"י וע"א דצריך לשלם ול"א היכי קם ע"א לממון כו'. עכצ"ל דע"א כי אתי לשבועה קאתי אלא דהוא ממילא חייב כו' וא"כ ה"ה להיפך כו'. וכן ראיתי בס' טור האבן בסי' ה' ובשערי בינה שער י"ב אות ו' שהק' כן יעוש"ה. י"ל דל"ד דהיכי דטען א"י וע"א מעיד שלוה מש"ה צריך לשלם דאין העד בא לחייבו ממון רק שבועה להכחיש את העד אך שהוא בעצמו מחייב ממון מפני שטוען א"י וא"י לשבע ומש"ה צריך לשלם. וכן גבי חשוד העד אינו בא רק לחייבו שבועה אך מחמת שהוא חשוד א"י לשבע א"כ הוא בעצמו מחייב ממון מש"ה צריך לשלם ולא הוי ע"א קם לממון. אבל היכא דהוי משאיל"מ שהוא חייב ממון אף שיש לו עד המסייע א"י העד לחייב את המלוה שלא לגבות ממון המגיע לו דהא אין המלוה מחייב א"ע כי הוא טוען ברי רק העד מחייבו וממילא דע"א קם לממון ומש"ה א"י עד המסייע לפוטרו ממשאיל"מ דאין ע"א קם לממון וכ"כ בבית יהודא ליישב כן קושי' הקצה"ח. ועי' בחידושי הרי"מ בסי' ע"ה ס"ק ב ובדברי משפט בסי' פ"ז ס"ק ד' מ"ש ליישב והאריכו בזה יעוש"ה. ומה שהק' עוד הקצה"ח דהא זה נמי מצינו למילף בהאי ק"ו שיפטור אותו מדין משאיל"מ. וכן ראיתי בבית שמואל אחרון אחו"מ סי' ס"ה שהק' כן על הש"ך. וכן הק' בחידושי הרי"מ שם ובטור האבן שם והביא הטור האבן שם הוכחה לזה. דאל"ה קשה איך ילפינן ק"ו לפטור משבועה שהרי מצינו דמחייב ממון ואינו פוטר מממון. ואח"כ כ' דיש עיון על האי ק"ו מכתובות פ"ז ב' הדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והאי נשבעת ונוטלת ואמאי לא נימא ק"ו דאם הביא את הנתבע לשבע מכ"ש להתובע שלא יטול בלא שבועה א"כ ק"ו פריכא הוא שמביא את הנתבע ולא התובע עכ"ד:

והנה ראיתי בברית אברהם חחו"מ סי' ה' אות ד' ובא"ה"ע סי' ע"ח אות ג' שהק' קושי' זו דאמאי לא ילפינן בק"ו דאם העד מחייב שבועה להמוחזק מכ"ש להנוטל וא"כ היכא דהוי משאיל"מ ויש לו עד המסייע דאין העד פוטרו יהא צריך התובע מדאורייתא לשבע וליטול. ותי' כיון דמדינא חייב לשלם היכא דהוי משאיל"מ יהי' מאיזה טעם שיהי' וע"כ דאיכא סברא טובה. המסייע לתובע דעדיפא מחזקת ממון א"כ ליכא למילף לחייב שבועה להתובע נגד סברא טובה הלזו דבתורה לא מצינו אך נשבע ולא משלם ולא מצינו אך דעד מחייבו שבועה נגד ח"מ וליכא ק"ו שהעד יחייב שבועה נגד טעמא דעדיפא מח"מ עכ"ד והביא שם בהג"ה באות ה' דזהו כונת התוס' בשבועות מ"ז א' ד"ה מתוך והאריך בזה. וכ"כ עוד בברית אברהם האה"ע סי' ס"ב וסי' פ"ב ובחחו"מ סי' ע"ו סברא זו יעוש"ה. וא"כ מיושב קושי' הקצה"ח והבש"ח והטור האבן הנ"ל דליכא למילף מק"ו משום דלא מהני ע"א רק נגד ח"מ אבל לא נגד סברא דעדיפא מח"מ ומש"ה א"י לפטור אותו העד מדין משאיל"מ אע"ג דיכול לחייבו ממון בדין משאיל"מ ולק"מ קושי' הנ"ל. ועי' לעיל בסי' ל"ג ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה. אבל באמת ד' הברית אברהם הנ"ל תמוהים מהא דקאמר הגמ' בכתובות פ"ח א' אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד יהיב לה כתובתה באפי חד סהדא וסמוך סהדא קמא לסהדא בתרא ומוקים להו להנך קמאי במלוה כו' והא התם יש לה סברא טובה דעדיפא מח"מ דהא יש לה חזקה דשטרך בידי מה בעי ועדיפא מח"מ. ואפ"ה צריכה לאישתבועי ש"ד נגד העד אלמא דע"א יכול לחייבו ש"ד אף נגד סברא דעדיפא מח"מ דלא כהברית אברהם הנ"ל. וכן השיג עליו הגאון הגדול מ' ירוחם יהודה ליב ז"ל מד"א דק"ק מינסק. ועוד קשה על ד' הברית אברהם דסי' ה' הנ"ל שכ' דמש"ה לא ילפינן בק"ו לענין פוגם שטרו שישבע ש"ד ויטול משום דהך חזקה דשטרך בידי מה בעי הוא חזקה דאיתא מסברא ועדיפא מחזקת ממון כו' וליכא ק"ו עכ"ד. והא לפ"מ שפ' הש"ך לעיל בסי' כ"ז ס"ק ו' דיכול להשהות שטר של מלוה אע"פ שא"ה אלא חמשים יעוש"ה. וא"כ אין כאן חזקה דשטרך בידי מה בעי די"ל דמיפרע לא דייק ואינו רוצה ליתן השטר להלוה כיון שיכול להזיק השטר. וכן ראיתי להרב אחד מחכמי זמנינו שהשיג כן על הברית אברהם הנ"ל וא"כ הדרא קושי' הקצה"ח והבש"ח והטה"א הנ"ל לדוכתא. אך י"ל כמ"ש הבית יהודא הנ"ל דהעד אינו זוקק את המוחזק לחייבו ממון כי אם שבועה והוא מחייב א"ע ממון מחמת שא"י לשבע משום שא"י. אבל שיפטור מדין משאיל"מ הוא פוטרו מממון שלא ישלם להמלוה ממילא קם לממון דהא המלוה אינו גורם לעצמו כי הוא טוען ברי רק הע"א הוא המחייבו ממילא קם ע"א לממון לחייב את המלוה שלא לגבות ממון המגיע לו עכ"ד. ועי' בס' שם ארי' בקונטרס הזמה אות כ"א מ"ש ליישב קושיא הנ"ל דאמרינן מי יימר דמשתבע יעוש"ה. ומה שכ' הקצה"ח דשומר שמסר לשומר הוי א"י א"פ כו' ובזה ודאי אין ע"א פוטרו

כיון

כיון דאין החיוב משום לאו דשבועה. הנה כ"כ הג"ב מסדו"ת חיו"ד סי' קכ"ו ובשם יעקב חחו"מ סי' ה' דבא"י א"פ אין עד המסייע פוטרו. וכן הוא נוטה דעת הברית אברהם בסי' ה' שם והביא ראי' לזה מד' התוס' בכתובות י"ב ב' ד"ה ר"ה ומד' הש"ך בסי' ע"ה ס"ק ל"ה והאריך בזה יעוש"ה:

וכן ראיתי בשערי בינה שער ז' אות י"א שכ' דכונת הרא"ש הנ"ל הוא משום דהוי א"י א"פ וכ' הוכחה לזה דאי נימא הטעם משום דהוי משואיל"מ הרי הרא"ש ס"ל בב"ק ס"פ הכונס סי' ט"ז דל"א משואיל"מ היכא דלא ה"ל למידע. אך בהפלאה בכתובות פ"ה א' ד"ה מגו כו' כ' די"ל בא"י א"פ דעד המסייע פוטרו דמלט"ף ברי דהעד לחזקת ממון ופטור לשלם עכ"ד. ושוב ראיתי בטור האבן שם שכ' מתחלה כהקצה"ח דכוונת הרא"ש הנ"ל משום דהוי א"י א"פ ואח"כ דחה זה כיון דע"א אפי' בס' לטענת ברי יחשב ממילא פטור מממון ולא גרע מהוא טוען ברי עכ"ד. והיינו כד' ההפלאה הנ"ל והביא ראיה לזה מב"ב קל"ה א' גבי האומר זה אחי אינו נאמן ואמר רבא התם ש"מ מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור דהא אהים אומרים אין אנו יודעים. אביי אמר לעולם חייב וש"ה דכמנה לאחר בידך דמי אלמא דלרבא דקי"ל כוותי' אין חילוק בין אומר בעצמו ברי לאומר חבירי עבורו ברי עכ"ד. ועי' בברית אברהם שם בסי' הנ"ל מ"ש והאריך כזה. ולפ"ד נדחה ראיית הטור האבן הנ"ל ועי' בס' נחל יצחק בסי' ע"ה ס"ק ה' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה. ולפ"ד נמי נדחה ראיית הטור האבן הנ"ל וא"כ לפ"ד ההפלאה והטור האבן צ"ל כמ"ש הקצה"ח בדעת הרא"ש הנ"ל משום דהוי א"י א"פ והכמ"ל בזה. ועי' בשערי בינה שם שדחה נמי אח"כ דל"ל דכונת הרא"ש הוא משום דהוי א"י א"פ והאריך בזה:

ובאמת פשט ד' הרא"ש הנ"ל משמע דהטעם הוא משום דהוי משואיל"מ דהא כ' דחיובא דראשון משום דא"י לשבע והיינו משום דהוי משואיל"מ ולא משום דהוי א"י א"פ. וכן מבואר ברמב"ן במלחמות שם דהטעם הוא משום דהוי משואיל"מ וכ"כ בתרה"ד בסי' כל"ד בהדיא דכונת הרא"ש הוא משום דהוי משואיל"מ והוכיח דבמשואיל"מ אין עד המסייע פוטר יעוש"ה. והיינו כהש"ך הנ"ל בדעת הרא"ש. ומ"ש בנ"י הטעם דשומר שמסר לשומר הוי א"י א"פ ולא כ' הטעם משום דהוי משואיל"מ היינו כמ"ש הגאון רע"א בב"מ ל"ה ב' גבי השוכר פרה מחבירו ובקצה"ח בסי' ש"מ ס"ק ד' דהנ"י ס"ל כהרמב"ם דעיקר שבועה הוא שבועה שאינו ברשותו ואחרי שבועות הוי רק גלגול וס"ל דבשבועה הבאה ע"י גלגול ל"א משואיל"מ. אבל הרא"ש לשיטתי' דס"ל בפ' המפקיד דאף שבועה שלא פשעתי נמי הוי משבועה העיקרית ומש"ה מחייב לי' כשא"י משום דהוי משואיל"מ עכ"ד. והאריכו בזה יעוש"ה. ומה שהק' בשערי בינה שם דהא הרא"ש ס"ל דלא אמרינן משואיל"מ היכא דלא ה"ל למידע י"ל דכיון שמסר לשומר שאין רגילין הבעלים להפקיד אצלו אמרינן גבי משואיל"מ משום דפשע קצת בתחלה במה שמסר לשומר אחר דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר מש"ה ל"ש לומר בי' דלא ה"ל למידע שלא הי' לו להפקידו ביד אחר. וכן ראיתי בשעהמ"ש בסי' רל"א ס"ק ה' שתי' כן והאריך בזה. ועי' עוד בשערי בינה שם ובתשובות בית אפרים חחו"מ סי' כ"א ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ע"ו ובשמן רוקח ח"א סי' פ"ג ובס' היד החזקה בסי' כ"א כ"ב ובחמדת שלמה חחו"מ סי' ו' ובס' מעיני החכמה בב"מ ל"ו א' ובס' תשואת חן סי' ל"ז ובס' מעין גנים בסי' רל"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה והכמ"ל בזה. ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ה' מ"ש לדחות הוכחת הקצה"ח מהא דרב ס"ל דשומר שמסר לשומר חייב וס"ל דל"א משואיל"מ והאריך בזה. ומה שכ' הקצה"ח על ראיית הש"ך מהרשב"א דהמשל"מ בפ"ה מהל' שאלה כ' דהרשב"א ס"ל דלא מהני עד עפ"י ספק. והמעיין במשל"מ שם יראה שלא כ' כן רק שדחה שהרשב"א ס"ל דעד המסייע אינו פוטר רק משבועה דרבנן ולא משבועה דאורייתא. ואח"כ כ' המשל"מ שם דהיכא דהוי משואיל"מ אין עד המסייע פוטר והביא ראיה מד' הרא"ש הנ"ל והיינו כהש"ך הנ"ל וכן השיג בבית יהודא על הקצה"ח. ועי' עוד בבית יהודא בסי' כ"ה מה שהשיג על הקצה"ח והאריך בזה. וראיתי בטור האבן שם שהק' דאי עד אינו פוטר משום דהוי משואיל"מ יפרענו לו ויתבענו ע"י העד והוא א"י ויצטרך לשלם וא"כ מאי אהני לי' ולא גרע זה שטוען א"י נגד העד אח"כ מש' פרעון קודם הלואה שהרי יודע שלקח ממנו וא"י אם נפטר ממנו דאולי לא פשע השומר השני והעד טוען ברי והאיך יכול להחזיק בממון חבירו מספק ע"כ קושי'. לק"מ דמ"מ מפסיד הנתבע במה שאין העד פוטר אותו דאח"כ יחזור התובע לאחר שישלם ויתבענו שנית ויהיה חוזר חלילה ועכ"פ יעשו פשרה אבל אם העד פוטר אותו א"צ לעשות פשרה. ועי' בברית אברהם חחו"מ סי' ז' ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סי' ל"ב מ"ש בזה. ועי' עוד בשערי בינה שם ובשער י"ב אות י' ובשער כ' דין ד' אות ה' ובבית יהודא בסי' פ"ז מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ובטור האבן שם כ' אח"כ להגיה בד' הרא"ש ובאמת כונת הרא"ש הוא משום דהוי משואיל"מ אין עד המסייע פוטרו וכמ"ש התה"ד והש"ך הנ"ל. ומה שהק' הטור האבן שם דאיך יפטרנו העד דהא עד הצריך לשבע הוי נוגע ואינו עד כבר הק' קושי' זו בפלפולא חריפתא על הרא"ש שם אות ט'. וע"ש מ"ש ליישב זה ועי' בשעה"מ בפ"א מהל' טוען הל' א' ובס' נוים חיים חחו"מ סי' כ' מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' בעבודת הגרשוני בסי' ק' הובא דבריו בגליון מהרש"א על הרא"ש שם שהוכיח כהרא"ש הנ"ל. דאל"כ אמאי לא קאמר הגמ' בשבועות ל"ב ב' הכל מודים בטוען חמשין ידענא וחמשין לא ידענא וע"א א"ל ידענא שא"א חייב אלא חמשין והשביע הלוה שיבוא ויעיד וכשלא העיד הפסיד ממון להלוה. ועכל"ל דגם אלו העיד לא הי' פוטר להלוה כיון דא"י לשבע ממונא אחייב לי' וכמו שתי' הרא"ש עכ"ד. ובתומים בסי' פ"ז ס"ק ז' דחה זה דמ"ש היינו נסכא דר"א ואטו כי רוכלא לחשב. ואח"כ הק' שם על הרא"ש הנ"ל דלפ"ד עדיין קושיית הרא"ש במקומו דה"ל למפרך מה לע"א ופיו שכן אין אחד מכחישו אם בא ע"א והעיד שחייב מנה והוא אומר א"י משלם אף שבא אח"כ ע"א להכחישו דלא הוי עד המסייע וכמו כן פיו אם אמר המשין ידענא וחמשין לא ידענא וע"א מכחיש דאינו חייב כלום דהודאות בע"ד כק' עדים. משא"כ בשנים האומרים דחייב חמשים והוא אמר על כל מאה שתבעו א"י דה"ל משואיל"מ אם יבואו שנים ויכחישו לעדים ראשונים הרי אין כאן עדות ופטור מלשלם וקושיית הרא"ש במקומו עכקוש"י והאריך בזה ליישב. וכן ראיתי במראות הצובאות באה"ע סי' י"ז בדין ע"א בשאר איסורין אות י"ט שהק' קושי' זו ולא ראה שכבר הקדימו התומים בזה. ותי' דאע"ג דבשבועה דעלמא עד המסייע אינו פוטר כשא"י לשבע מ"מ בשבועה הבאה עפ"י ע"א אין הכי נמי דעד המסייע פוטר אפי' כשהנתבע א"י לשבע כיון שהשני נאמן לענין שבועה לפטור כמו שנאמן הראשון לחייב אוקי חד לגבי חד וה"ל עדות מוכחשת ואין שייך לומר בזה דהראשון חשוב כשנים כיון דהשני נאמן כמו הראשון לענין שבועה ולענין תשלומין גם הראשון א"כ דהא אין ע"א קם לממון. ומה שמחייב בתשלומין אינו מפאת העד אלא מלד דא"י לשבע דהיינו עפ"י עצמו וכיון שיש כאן עדות מוכחשת מעיקרא אין כאן ממון מש"ה פטור משא"כ בעלמא במודה מקצת או שבועת שומרים וא"י לשבע אין עד המסייע פוטרו עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה. וכן הוא בשימקו"ב ברים ב"מ ד"ה מקח וממכר כו' בד' הרשב"ץ שם והובא בקצה"ח הנ"ל. דבנסכא דר"א עד המסייע פוטר. אך הקצה"ח כ' דכ"ש בחשוד או בטוען א"י דפוטר עד המסייע. והמראות הצובאות לא ס"ל כן אלא דוקא בע"א אבל לא בשאר משואיל"מ ולפי"ד מיושב שפיר קושיית התומים הנ"ל. וכן ראיתי בס' מעיני החכמה בב"מ ד' א' ד"ה מה לע"א כו' שכ' נמי כהמראות הצובאות הנ"ל דבעד מכחיש עד לא אמר הרא"ש וכ' דגם בנסכא דר"א אף להרא"ש עד המסייע פוטר והאריך בזה ולא הביא ד' השימקו"ב בשם הרשב"ץ

הרשב"ץ הנ"ל. ובד' המראות הצובאות אלו תרלתי לעיל בסי' מ"ו ס"ק כ"א קושיית הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק י"ח ובשעהמ"ש בסי' פ"ב ס"ק ט' והארכתי בזה יעוש"ה. ועי' בתומים בסי' פ"ב ס"ק י' שכ' דטעם הר"ן דס"ל דע"א אומר פרוע אפילו אין כת"י יוצא ממק"א ה"נ לבטל השטר ואין כאן מגו דהי' שותק ולא מקיים כת"י דמה בכך ה"ל שטר בפ"א שהוא עד השני וה' הלוה צריך להכחיש העד וזה אינו רוצה ואי יודה הא הו א"ל לומר פרעתי כו' ולא שייך לומר הא הטעם דהוי משואיל"מ וכאן יש לו עד המסייע דהא במקום דאמרינן משואיל"מ לא מהני עד המסייע עכ"ד. ולפ"ד המראות הצובאות והמעיני החכמה הנ"ל בזה עד המסייע פוטר אף דבשאר משואיל"מ אין עד המסייע פוטר וכנ"ל. וראיתי בבית יהודא בסי' פ"ב שהשיג על התומים וכו' דאף אי נימא כהקצה"ח הנ"ל דבמשואיל"מ עד המסייע פוטר מ"מ בנדון זה כו' דאינו יכול לפטור א"ע בשבועה שפרעו דאמרינן שטרך בידי מה בעי ואיך יכול העד שמעיד שפרעו לפוטרו ודמי לדידי חטפתי שאף אם הי' לו עד דשלו הטף לא הי' יכול לפוטרו כיון דדברי העד כשנים שחטף א"י לפטור א"ע בשבועה דשלו חטף ואין עד המסייע יכול לפוטרו. והקצה"ח בסי' פ"ז כ' בשם הסימקו"ב דאף כשעד מסייע דשלו הטף פטור והדבר תמוה בעיני ולא כ' באיזה מקום כ' כן הסימקו"ב עכ"ד. ולא ראה ד' הסימקו"ב בשם רשב"ץ הנ"ל שכ' בהדיא דבנכסת דר"א עד המסייע פוטר ועי' בתומים בסי' מ"ו בס"ק נ"ב שתי' על קושיית הש"ך בס"ק ק"ט די"ל דס"ל דע"א בשטר א"י לומר פרעתי דס"ל משואיל"מ ואם ע"א אומר פרוע נאמן דע"א פוטר משבועה. ולפ"ז הא יש לע"א מגו דפרוע. והתוס' הק' בשני עדים ותי' מגו בתרי ל"א דזה לא שייך בע"א עכ"ד. והיינו כד' המראות הצובאות הנ"ל. וראיתי בבית יהודא שם שהשיג על התומים וכ' דהא התומים בעצמו וגם הש"ך כ' דבמקום דאמרינן משואיל"מ אין עד המסייע פוטרו דאין ע"א קם לממון וא"כ אף אם ע"א אומר שהוא פרוע לא מהני דהא בלי העד הוי משואיל"מ ואיך יוכל ע"א לפוטרו מממון. ואף לדעת הרמב"ן כו' פוטרו משבועה עכ"ד יעוש"ה. ולפ"ד המראות הצובאות הנ"ל ניחא אף דבשאר משואיל"מ אין עד המסייע פוטר אבל כאן דהוי משואיל"מ מחמת ע"א בהא עד המסייע פוטר וכנ"ל. אך יש סתירה מד' התומים דסי' פ"ב הנ"ל דס"ל דאף היכא דהוי משואיל"מ ע"י ע"א אפי"ה אין עד המסייע פוטר ובסי' מ"ו ס"ל דעד המסייע פוטר היכא דהוי משואיל"מ ע"י ע"א ועי' בפתחי תשובה בס"ק ע"ז שהביא בשם הדגול מרבבה שכ' דאין סתירה מד' הב"י דבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא שיש לו עד המסייע וכן בחשוד שיש לו עד המסייע אין כאן שבועה כלל וכן כאן אלו הי' טוען ה' דינרים הי' שוה כו' והי' עד המסייע שהוא רק ה' דינרים הי' פטור אבל כאן המלוה לא הודה אפי' על דינר כו' ולכן אפי' המותר צריך לשלם כו' שוב אינו פוטרו מממון עכ"ד. ועי' בשעהמ"ש בסי' פ"ז ס"ק ה' דבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא עד המסייע פוטר והאריך בזה ועי' בבית יהודא שם שהשיג עליו והאריך בזה. ועי' עוד בבית יהודא שם ובסי' פ"ב מ"ש והאריך בזה:

והעיקר בזה לדינא דבחשוד על השבועה ובשניהם חשודים עד המסייע פוטר וכמ"ש התומים הנ"ל וכן בשבועת ע"א נמי עד המסייע פוטר וכמ"ש המראות הצובאות והמעיני החכמה הנ"ל אבל בשבועת שומרים ובחמשין ידענא וחמשין לא ידענא בזה אין עד המסייע פוטר. ועי' בהפלאה בכתובות פ"ח א' ד"ה דמודע שכ' בהוכיח עליו שע"ח בע"א דהוי משואיל"מ אם פרע בפני אותו עד החתום בשטר נאמן לפוטרו והאריך בזה וכ"כ בקו"א בסי' נ"ו ס"ק י"ח יעוש"ה. והגה הבית יהודא כאן בשם ס' עמק ברכה הביא קושיא בשם הגאון ר' משולם אב"ד דפרעשבורג וכן הביא קושיא זו בברית אברהם בסי' ז' שם ובמעיני החכמה בב"מ ג' א' ד"ה מפני כו' לשיטת הש"ך הנ"ל דהיכא דהוי משואיל"מ אין עד המסייע פוטרו מהא דכ' התוס' בב"מ ג' א' ד"ה מפני כו' ואין לומר דילפינן דאיצטריך למכתב שע"א מחייבו שבועה ואי כ"ה חייב מאי נפ"מ מע"א הא בלא"ה חייב דהא איצטריך במקום שהוא אינו תובע כלום וא"י והעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוה לו עכ"ל. הא אף אי טענו בס' עפ"י העד חייב מ"מ מוכח דכ"ה פטור; דאי נימא דכ"ה חייב א"כ הא יכול הנתבע לפטור א"ע מש"ד היינו כשיתבע אותו התובע בס' על פי העד ישלם לו ואח"כ יתבע אותו מה שישלם והוי משואיל"מ דהא אם הי' טוען ברי הי' צריך לשבע ש"ד לפי סברא דהשתא דכ"ה חייב והשתא דטוען א"י הוי משואיל"מ ואין עד המסייע פוטר היכא דהוי משואיל"מ וא"כ מוכח דכ"ה פטור ע"כ קושייתו. ותי' הבית יהודה די"ל דהתוס' אזלי לשיטתם דס"ל בר"פ הפרה מ"ו א' דהיכא דלא ה"ל למידע ל"א משואיל"מ עכ"ד. וכן תי' במעיני החכמה שם וכן תי' בחידושי הרי"מ בב"מ שם די"ל כן לשיטת התוס' הנ"ל וכן ראיתי בהגהות מהגאון ר' צבי הירש חיות בב"מ שם ובס' שאילות שמואל היו"ד סי' נ"ג שתי' כן. וכ' דמש"ה דקדקו התוס' וכ' שמעיד שגנב או שאביו הלוה לו:

ובאמת י"ל דאפי' לשיטת הרמב"ם דס"ל דאפי' היכא דלא ה"ל למידע נמי אמרינן משואיל"מ מ"מ לפמ"ש הש"ך לעיל בס"ק נ"א דהיכא דהתובע עצמו יודע דהנתבע א"י לכ"ע ל"א משואיל"מ א"כ גם כאן התובע עצמו יודע שהנתבע א"י אם גנב או אביו הלוה לו ולא הוי משואיל"מ לכ"ע וכן ראיתי בס' בס' ארי' חחו"מ סי' ז' שתי' כן יעוש"ה ועי' לעיל בס"ק י"ב מ"ש על הש"ך הנ"ל. וראיתי בס' מים חיים חחו"מ סי' נ"א שתי' קושייא הנ"ל. דע"כ מוכח דהתוס' ס"ל דאף במשואיל"מ עד המסייע פוטר וכהקצה"ח הנ"ל. דקשה למה להו להתוס' לייבב דאצטריך בטענו בס' עפ"י העד ה"ל לייחב דלענין חיוב שבועה לא צריך קרא דהא גם כ"ה חייב שבועה רק דקרא אצטריך לענין דע"א יכול לפטור מן השבועה דעד המסייע פוטר ג"כ מן השבועה. וצ"ל דהתוס' ס"ל כמ"ש הסימקו"ב בריש ב"מ דקרא לא מצי לאוקמי דאתי למעוטי ע"א רק לענין חיוב ממון ובההוא דרשינן אבל קם הוא לשבועה אבל לענין פטור ממון לא צריך קרא למעוטי וממילא גם לענין פטור שבועה אין לנו ולא אתי לומר אבל קם הוא לשבועה רק לענין חיוב שבועה ואי כ"ה חייב מאי נפ"מ מן ע"א. ולהכי צריך התוס' לשנויי דאצטריך בטענו בס' עפ"י העד וא"כ ע"כ מוכרח לומר דהתוס' ס"ל דעד המסייע פוטר ג"כ מן משואיל"מ דאל"כ יכול לאוקמי הקרא דממעטא דע"א לענין פטור ממון ובחמשין ידענא וחמשין לא ידענא. וכיון דמוכח דהתוס' ס"ל דעד המסייע פוטר ג"כ מן משואיל"מ. וא"כ ל"ק קושי' הנ"ל דאם ישלם לו ויחזור ויתבענו ויהי' פטור מלשלם לו מחמת עד המסייע שיפטור אותו גם מן משואיל"מ עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה; ואין דבריו נכונים דמה שהוכיח דהתוס' ס"ל כהסימקו"ב דאל"כ הא אצטריך קרא דעד המסייע פוטר אין זה הוכחה וקושי' לק"מ דע"כ צ"ל דאי כ"ה חייב שבועה ממילא נודע דעד המסייע פוטר דא"ת דעד המסייע אינו פוטר א"כ ק"ו דא"י להייב שבועה וכמ"ש הרא"ש ק"ו דאיזה כח מרובה כח המוחזק או שאינו מוחזק הוי אומר כח המוחזק ומה כשעד מסייע למוחזק אינו פוטרו כ"ש שלא יועיל לחייבו שבועה לשאינו מוחזק וא"כ תקשי כ"ה אמאי חייב נילף ק"ו מע"א ומה עדים שבשנים הם מחייבים אותו ממון אפי"ה אין ע"א מחייבו שבועה הודאות פיו שאינו מחייבו ממון א"ד שכ"ה פטור משבועה ומדחייבה התורה כ"ה ע"כ מוכח דע"א מחייבו ג"כ שבועה וממילא נודע דעד המסייע גם פוטר ולמה לי קרא ועי' בס' ארך לבי חחו"מ סי' ח' מ"ש בזה. וא"כ ממילא אין הוכחה כמים חיים הנ"ל הוכחה דהתוס' לא ס"ל כהש"ך הנ"ל ועי' בבית שמואל אחרון חחו"מ סי' כ"ד מ"ש בזה. וא"כ הדרא קושייה הר"מ משולם הנ"ל לדוכתא וצ"ל כמו שתי' הבית יהודא והמעיני החכמה והחידושי הרי"מ והש"ס הנ"ל. ועי' עוד בבית יהודא

יהודא

יהודא ובברית אברהם ובשם ארי' ובחידושי הרי"מ ובארץ צבי ובמעייני החכמה שם ובס' מנחת הבקר בב"מ שם ובתשובות רע"א הנדפס מחדש בסי' קכ"ג וביש התלמוד בב"ק ע"ה ב' ובמפרשי היש"ש שם ובמעין גנים בסי' פ"א סעי' ד' ובס' עזרת יהודא חחו"מ סי' ל"א ובס' מהר"ן יפה חחו"מ סי' י"ד מ"ש והאריכו בישוב קושיא זו יעוש"ה :

עוד יש להקשות קושי' הנ"ל אף אי נימא דלא כהש"ך הנ"ל אלא דאף במשאיל"מ עד המסייע פוטר מ"מ יש להקשות דישלם לו ויחזור ויתבענו ויהי' התובע משאיל"מ וא"י העד לפטור אותו משבועה לפמ"ש הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל' ול"ה ובסי' ל"ב ס"ק א' דאין ע"א עושה שתי פעולות לחייב שבועה ולפטור את שכנגדו מן השבועה . וא"כ אם הי' טוען התובע ברי הי' חייב שבועה וממילא כשטוען א"י הוי משאיל"מ. וראיתי בס' עטרת חכמים חחו"מ שהוכיח מד' התוס' בריש ב"מ ב' ב' ד"ה ולאו דע"א עושה שתי פעולות ממה שכ' שם דאותו שהמוכר מסייעו יפטר משבועה ואידך ישבע שבועה דאורייתא הרי דעושה שתי פעולות עכ"ד יעוש"ה ואינו כעת ת"י וא"כ לק"מ קושיא הנ"ל כיון דהתוס' ס"ל דע"א עושה שתי פעולות . אבל באמת ז"א דהש"ך לא קאמר אלא דאין ע"א עושה שתי פעולות באותו ממון משא"כ בההיא דשנים אוחזין העד מחייב שבועה בהאי פלגא ופוטר באידך פלגא משבועה וזה לא הוי ב' פעולות וכן ראיתי בשערי בינה שער כ' דין י"ע אות ד' שכ' כן לדחות דאין ראי' מדברי התוס' דלא כהש"ך הנ"ל . ועי"ש עוד ובמעייני החכמה בב"מ שם במה"ב מ"ש לדחות יעוש"ה . ועי' בס' מנחת הבקר בב"מ שם מ"ש בזה ולפנ"ש דבריו תמוהין כאשר ירא"ה הרואה וא"כ הדרא קושיא הנ"ל לדוכתא וצ"ל כמו שתי' בבית יהודא הנ"ל על קושי' הר"ר משולם דכיון שהוא מכחיש העד והתורה חייבו לשבע להכחיש את העד או לשלם וכשמשלם והבירו מוכרח להחזיר לו המעות מחויב הוא לשבע להכחיש את העד שיוכל לחזור ולתבעו עפ"י העד עכ"ד . וממילא מיושב קושיא הנ"ל מהא דאין ע"א עושה שתי פעולות ועי' בארץ צבי שם מה שתי' קושי' הנ"ל . ובעיקר ד' הש"ך הנ"ל עי' בקצה"ח בסימן פ"ז ס"ק ט"ז ובקרבן נתנאל בפ' הכותב אות ס"ג ובפ"י שם פ"א א' ד"ה מייתי כו' ובס' המגדת צבי שם ובתשובות רע"א סי' קע"א ובישועות יעקב באה"ע בסי' ל"ו ס"ק ט' ובשערי בינה שם ובדין ד' אות ה' ובעטרת חכמים בחידושיו בר"פ כל הנשבעין ובס' ברית יעקב חחו"מ סי' ל' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ואכמ"ל בזה . ואי"ה לקמן בסי' פ"ז אבאר זה באריכות. עוד יש להקשות כעין קושי' הנ"ל אף אי נימא דע"א עושה שתי פעולות לפמ"ש הש"ך לקמן בסי' ע"ה ס"ק כ"ז דש' פרעון קודם הלואה הוי א"י אם פרעתיך . וא"כ כשישלם לו ויחזור ויתבענו יהי' התובע מחויב לשלם לו משום דהוי א"י א"פ ואף דהוי ש' פרעון קודם הלואה נ"מ הוי א"י א"פ לשיטת הש"ך הנ"ל . ולפ"ד הקצה"ח והנו"ב שהבאתי לעיל אין עד המסייע פוטר בא"י א"פ דהוי ממון ואין ע"א קם לממון וכן ראיתי בברית אברהם בסימן ז' שהביא קושיית המגי"ה בתומים דפוס דובנא שהק' על הש"ך הנ"ל דא"כ איך משכחת טענו בס' עפ"י העד דמחייב שבועה דישלם לו ויחזור ויתבענו ויהי' א"י א"פ ואין ע"א פוטר ממנון עכקוש"י והאריך בזה ליישב יעוש"ה . וממילא מיושב נמי ד' התוס' הנ"ל ועי' בשם ארי' שם שתי' נמי כהברית אברהם הנ"ל והאריך בזה . ובאמת קושיית המגי"ה הנ"ל בלא"ה לק"מ די"ל דירא לעשות כן לשלם ויחזור ויתבענו דלמא יכפור התובע ויפטור דהא כ"ה פטור מן התורה אבל על התוס' הנ"ל היא קושי' אלימתא דהא קאי לפי הס"ד דכ"ה חייב שבועה . אבל לפי האמת דכ"ה פטור לק"מ וכ"כ בדרושי ר' חיים כהן בסוף הס' ואינו כעת ת"י . ועל התוס' צריך ליישב כמו שתי' הברית אברהם והשם ארי' שם וכן ראיתי בס' זית רענן שתי' כן קושי' המגי"ה הנ"ל כהברית אברהם והשם ארי' הנ"ל . ולפ"ד שם ניחא נמי קושיא הנ"ל על הש"ך דסי' פ"ז דאין ע"א עושה שתי פעולות

וגם ניחא קושי' הר"ר משולם הנ"ל וכן תי' הגאון רע"א בסי' קכ"ג שם קושי' הר"ר משולם הנ"ל יעוש"ה ואכמ"ל בזה ואי"ה במקום אחר אבאר זה באריכות :

(יט) **דשמא** יוציא את המשכון כו'. ואם יש ע"א המעיד דנשרף המשכון אצל המלוה אי נאמן עי' בדברי משפט בסי' פ"ז ס"ק ד' מ"ש להוכיח מד' הר"ן בפ' שבועת הדיינים גבי אין נשבעין על הקרקעות כו' ועי' בס' נחל יצחק כאן בס"ק ט' ובס' מנחת הבקר בב"מ ל"ד ב' ד"ה אמר ר"ה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף טז (כ) **אלא** כזו ה"ז מודה מקצת. עי' בתרומת הכרי שהק' מד' הרמב"ם בפ"ט מנז"מ גבי תם את הגדול ומועד את הקטן כו' דהוי מודה מקצת והא לא הוי דבר שבמנין עכקוש"י. ועי' בנתיבות בסי' פ"ח ס"ק ח' שמיישב קושי' זו והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף יז (כא) **נאמן** לומר שהלוהו כו'. בש"ך בס"ק ס"ז הביא בשם רבינו ירוחם דכל היכא דיכול לטעון עד כדי דמיו צריך שבועה אפי' התובע טוען שנאה כו' ופסק כן ובתומים בס"ק ל' השיג עליו דכל הראי' שהביא הוא מההך עובדא דהכי עזי דאכלי חושלא כו' ושם דין הוא שלא יטול רק בשבועה הואיל ולמזיק לא ה"ל לידע כמה אכלו כו'. אבל כאן במלוה על המשכון דהא ה"ל ללוה לידע כמה הי' לוה ולא ידע פשיטא דגרע טענתו ולא ישביע למלוה על ספק כו' והלא בעלמא ס"ל לר"ה דברי עדיף אפי' להוציא רק דר"נ פליג כו' משום דהממע"ה אבל כאן דהמלוה מוחזק במשכון אף ר"נ מודה ונוטל בלי שבועה וע"כ דקרוי משכון מוחזק והילך דאל"כ הלא בלא"ה הלוה הטוען שנאה משאיל"מ דהא מודה בהלואה פרוטה ואין שכנגדו צריך שבועה . ועכל"ל משום דה"ל הילך וש"מ דהוי כמוחזק עכ"ד. הנה מ"ש להוכיח דמשכון קרוי הילך דאל"כ ה"ל הלוה משאיל"מ אינו הוכחה לפמ"ש הש"ך בס"ק נ"ט בשבועת ע"א דלא הוי רק שבועת המשנה כיון שבא לטול משכונו ה"נ לענין שבועת מודה מקצת דלא הוי רק ש"פ דהא בא לטול משכונו ובשבועה דרבנן ל"א משאיל"מ וכ"כ הנתיבות בס"ק ל"א דמש"ה לא הוי משאיל"מ . אך אע"פ שאין הוכחה מהא דלא הוי הלוה משאיל"מ מ"מ י"ל כהתומים הנ"ל . וכן ראיתי בנתיבות בסי' פ"ט ס"ק י"א דס"ל כהתומים . ומיישב בזה קושי' הפוס' על הגאונים מהא דאומן וכו' דהא עיקר טעמא דהגאונים דצריך לשבע דהוי כאלו בא להוציא ומבואר בכל הפוס' דבדרי ושמא אמרינן מגו להוציא וא"כ והדר דא"ל המלוה לשבע מק"ו ומה במקום שהלוה נאמן לגמרי מ"מ כשים להמלוה מגו נאמן להוציא בלא שבועה כ"ש במקום דאף בלא מגו הי' המלוה נאמן בשבועה דאם יש לו מגו להוציא דנאמן בלא שבועה עכ"ד. ובאמת דבריו תמוהים דהא טעם הרמב"ן והרשב"א דאמרינן מגו להוציא הובא בש"ך בסי' פ"ג ס"ק ט' ואפי"ה ס"ל להרשב"א בחידושיו בפ' כל הנשבעין והרמב"ן במלחמות שם כהגאונים דצריך בעל המשכון לשבע בנק"ח יעוש"ה . וכן הש"ך בסי' פ"ג שם סיים דהוי ספיקא דדינא ואי תפס לא מפקינן מיני' ואפי"ה ס"ל להלכה כאן ובסי' פ"ט ובסי' קנ"ט כהגאונים דצריך בעל המשכון לשבע בנק"ח אף דיש לו מגו משום דהוי מגו לאפוקי ממונא הרי מוכח דשבועת הגאונים לא תלו כלל בהא דל"א מגו להוציא דאף דנימא דאמרינן מגו להוציא מ"מ צריך לשבע דכן תקנו משום דהוי מגו לאפוקי ממונא קלת א"כ ה"ה אף בברי ושמא דאף דאמרינן מגו להוציא ומ"מ צריך לשבע . וכן השיג אותי הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטמייטין על הנתיבות . וכן ראיתי בס' נחל יצחק בסי' נ"א שהשיג כן על הנתיבות והאריך בזה . וא"כ לענין דינא נ' עיקר כהש"ך דהיכא דלא ה"ל למידע להלוה צריך המלוה לשבע בנק"ח אף דטוען ברי אך היכא דה"ל להלוה למידע בזה נ' עיקר כהתומים דא"צ המלוה לשבע בנק"ח היכא דטוען ברי וכן פ' בנחל יצחק שם ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק ט' מ"ש בזה יעוש"ה :

(כב) **בשבועה** בנק"ח. בסמ"ע בס"ק מ"ח פי' ד' המ"מ דמיירי בלא ראוהו עדים בידו כו' ואפ"ה א"כ בהיסת במגו דהחזרתי דאין זה מגו דניחא לי' לשקר ולומר כך הלויתי מלשקר ולומר החזרתי כו'. וכונתו דאם יאמר החזרתי שוב א"י להראותו ועי' בסמ"ע סי' ס"ד ס"ק ד' ועי' בס' מקצוע בתורה בס"ק מ"ב מה שפי' בד' הסמ"ע דמגו דהחזרתי לא הוי מגו. ובש"ך בס"ק ס"ה פי' ד' המ"מ דמיירי בראוהו עתה בידו דל"ל מגו כלל אלא שאין יודעים בכמה א"כ אלא בשבועה בנק"ח כו' כיון שעיקר דינו של המלוה על המשכון הוא כך כשאין לו מגו השתא נמי כשיש לו מגו כו' צריך לשבע בנק"ח דאין אומרים מגו לאפטורי משבועה עכ"ל. ולפ"ד הסמ"ע והש"ך בפי' ד' המ"מ ניחא ד' הרמב"ם ומיושב קושי' המשל"מ שם שהק' דבמאי עסקינן אי בדליכא ראי' הא מהימן במגו דהחזרתי ואי בדאיכא ראי' אפי' בשבועה אינו נופל כיון דל"ל מגו דהא איכא ראי' ועדים ולא יכול לומר להד"ם ולא החזרתי עכקוש"י. ומה שהי' שם דהרמב"ם ס"ל דבהחזרתי צריך לשבע בנק"ח הוא תמוה וסותר א"ע ממ"ש בפ"ב מהל' שכירות הל' י"א לתמוה על הכ"מ וכן תמה עליו בשעה"מ בפ"ד מהל' גזילה הל' י"א יעוש"ה. ולפ"ד הסמ"ע והש"ך הנ"ל ניחא די"ל דהרמב"ם מיירי בלא ראוהו עדים עתה בידו ואפ"ה אין לו מגו דהחזרתי וכמ"ש הסמ"ע לפרש ד' המ"מ הנ"ל. או י"ל דהרמב"ם מיירי בראוהו עדים עתה בידו אלא שאין יודעים בכמה דא"כ אלא בשבועה בנק"ח וכיון שעיקר דינו של המלוה על המשכון הוא כך כשאין לו מגו השתא נמי כשיש לו מגו צריך לשבע בנק"ח דאין אומרים מגו לאפטורי משבועה וכמו שפי' הש"ך הנ"ל ושפיר ד' הרמב"ם ולק"מ קושי' המשל"מ הנ"ל. ועי' ברא"ש בפ' כל הנשבעין סי' ד' שכ' עוד טעם דצריך לשבע בנק"ח הובא דבריו בש"ך בס"ק ס"ט כיון דלאו אגופי' דמשכון קטעין אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותא דחברי' ל"ל בלא שבועה המורה והביא ראי' כו' מהמכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול ואלו טוען ממך לקחתי' נאמן בשבועת היסת ועכשיו נשבע ונוטל כעין שבועה דאורייתא וכן במשכון עכ"ל. ועי' בשעהמ"ש בכללי מגו סי' ב' שכ' להסתפק גבי נשבעין ונוטלין היכא דאית להו מגו לפטור מן השבועה אי מיחשב מגו להוציא כו' וכ' דמן הסברא כ' לחלק דבכ"ו שמן הדין אף בשבועה לא היו נוטלין אלא שחז"ל תקנו לשבע וליטול בכה"ג לא מהני המגו לפוטרו מהשבועה אבל באותו כ"ו שמן הדין היו נוטלין אף בלא שבועה אלא שחז"ל החמירו עליהם לשבע בכה"ג מהני המגו לפוטרו מהשבועה דהוי כמו חזקה דמסייע לי' דאמרינן מגו להוציא עכ"ד וסיים בל"ע. ובאמת מבואר מד' הרא"ש הנ"ל דאף בכ"ו לא מהני מגו לפוטרו משבועה ואף באותו כ"ו שמן הדין לא הי' חייב שבועה דהא יש לו מגו דלקוח אפי"ה היכא שבא לטול צריך לשבע בנק"ח ואף שהוא מוחזק במשכון רק שבא לטול חובו אפי"ה חייב לשבע בנק"ח מכ"ש כשבא להוציא מחבירו דלא מהני מגו לפוטרו משבועה בנק"ח כיון שבא לטול. שוב ראיתי בבית יהודא בכללי מגו אות ד' שהביא ראי' מד' הרא"ש אלו לפשוט ספיקא של השעהמ"ש הנ"ל וכמ"ש. ועי' בשעה"מ שם ובשערי בינה שער כ' דין א' אות ט' מ"ש על ד' הרא"ש הנ"ל ועי' בביאורי הגר"א בס"ק פ"ו מ"ש בזה. ועי' בקצה"ח בס"ק כ"א כ"ג ל"ח ובשעה"מ שם ובדברי חיים בדיני הלואה סי' מ"ה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בדברי משפט בס"ק א' מ"ש לענין אם יכול המלוה להפך השבועה על הלוה כו' ואם המלוה חשוד וא"י לשבע כו' והאריך בזה ועי' בשעהמ"ש בס"ק י"ט מ"ש בזה:

(כג) **בהג"ה** ודוקא שתפס חפץ. עי' בש"ך בס"ק ע"א שכ' דדוקא בנשבע על המשכון שאם הי' ביד הנתבע לא הי' יכול להוציא מידו אף בשבועה אבל בכל הכ"ו ומוציאין מיד הנתבע אם תפס ויש להם מגו פטורים אף משבועה בנק"ח וא"צ לשבע רק היסת עכ"ל. וכ"כ הש"ך בסי' פ"ט ס"ק י' ומיישב בזה קושי' הבעה"מ והרמב"ן על הגאונים מהא דהנותן טליתו לאומן כו' דאמרינן כ"ז שהטלית ביד האומן על בע"ה להביא ראי' ונוטל האומן בלא שבועה וכ' שם דמהירושלמי דקאמר גבי שכיר הי' משכון בידו [illegible] ראי' להגאונים והביא ראי' מרבינו ירוחם נתיב ג' ח"ג והאריך בזה. וכבר קדמוהו הרשב"א בחידושיו בפ' כל הנשבעין ליישב כן ד' הגאונים. ועי' בשערי בינה שער ט' אות א' שהוכיח מד' השערי שבועות שם דלא כהש"ך ועי' עוד בשערי בינה שער כ' דין א' אות כ"א ובדין ז' שיטה א' ב' ו' ובמקצוע בתורה בס"ק מ"ג ובס' ישועות ישראל בס"ק י"ח ובתרומת הכרי בסי' שפ"ח סעי' ז' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(כד) **ואפי'** הי' כו' דברים שעושים בהם אוכל נפש כו'. דין זה הוא מהגמ' בס"פ המקבל קט"ז א' [illegible] סכינא דאשכבתא כו' דמסיק דנאמן עד כדי דמיו והק' ה[illegible] בס"ק ל"ב דמאי מגו יש דלמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו [illegible] תפס מספק עכקוש"י והאריך בזה ליישב. ועי' עוד בתומים בסי' ל"ז ס"ק י' מ"ש והאריך בזה. ועי' בחמדת שלמה בחידושיו בס"פ המקבל ובמקצוע בתורה בס"ק מ"ו מ"ש בזה ליישב יעוש"ה:

סעיף יח (כה) **בהג"ה** ואפי' אמר בשעה שראו עדים כו' לא מהימן. עי' בנתיבות בס"ק ל"ד שכ' דהא דיכול לשנות מפטור לפטור לאו משום מגו כו' אלא הטעם דכל שבא לשנות מפטור חשבינן לטענה הראשונה כאלו לא אמרה כו' או כאלו טען טענה זו שטען עכשיו מקודם עכ"ד. וכ"כ עוד הנתיבות בסי' ע"ט ס"ק ד' וכ"כ הקצה"ח בסי' פ' ס"ק ג' ובסי' ע"ט ס"ק ט' דלאו מטעם מגו הוא ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק כ"ה ובבית יהודא בסי' פ' ובס' נחל יצחק בסי' פ' ס"ק ג' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(כו) **ואם** יש ע"א בזה י"א כו' וה"ל משואיל"מ. וכן פסק המחבר עצמו לקמן בסעי' כ"ג דה"ל משואיל"מ ועי' לקמן בסי' ע"ה סעי' י"ג שהביא הרמ"א ב' דיעות אלו. ובט"ז שם סעי' י"ד הק' דהא אפי' היו ב' מעידין שיודעין המשכון והחוב רק שלא ידעו סך הלואה לא הי' הלוה נוטל אלא בשבועה כו'. וא"כ ל"א בזה משואיל"מ עכקוש"י ומפני זה פ' כדיעה דהמלוה נאמן בשבועה. ובאמת לק"מ וכמ"ש התומים שם ס"ק י"א דהא דנשבע הלוה הוא מחמת תביעת התובע ואין שבועה זו ענייני למשכון כלל רק נשבע היסת על תביעת התובע כשאר תביעה בע"פ כו' עכ"ד. וכ"כ הקצה"ח שם בס"ק י"ג ובשערי בינה שער י' אות ח' ליישב כן ולא ראו ד' התומים שכבר הקדימו בזה וכ"כ בביאורי הגר"א ס"ק קי"ג והכעמ"ל בזה. ועי' בתולדות אדם להרשב"א בסי' שפ"ז שכ' דאם העד מעיד שהלוה וא"י כמה י"ל דה"ל משואיל"מ. אבל אם מעיד בבירור שהי' שקל והמלוה אומר שהי' סלע לא ה"ל משואיל"מ והיינו כדעת הש"ך לעיל בסי' ל"א ס"ק א' ועי' מה שכתבתי שם בס"ק א' יעוש"ה:

(כז) **ואם** אינו טוען לקוח הוא בידי כו'. באורים בס"ק פ"ז כ' להסתפק דאף דחייב לוי לשלם לשמעון הדמים מ"מ צ"ע להוציא מיד ראובן המעות דלהוציא אפשר דלא מהני עדי פקדון דהא דיכול לטעון חזרתי ולקחתי ולא מהני רק שיהי' החפץ ברשותו אבל מ"מ א"י להוציא המעות מיד ראובן וכ"מ בתשובות הרשב"א כו' גבי ספרים דס"ל דאין לו טענה על שמעון שמסר הספרים ללוי ואולי יש לחלק בין דברים העשוין להשאיל ולהשכיר לעדי פקדון עכ"ד. ועי' בדברי משפט בס"ק י' שכ' בפשיטות דאין המערער יכול להוציא ממון מהמחזיק כיון דהמחזיק מוחזק בממון וצ"ל להמערער חזקת מ"ק והוכיח כן מתשובות הרשב"א הנ"ל. ועי' בס' נחל יצחק בס"ק י"א שכ' דאף אם אינה בעין מ"מ מוציאין ממנו בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר או בעדי פקדון והאריך בזה. אך הביא בשם הנתיבות בחידושים בס"ק ס"ה דס"ל דאינו חייב להחזיר הדמים ובאמת בנתיבות כ' בהדיא להיפוך דראובן חייב להחזיר הדמים והיינו לענין דינא כהנחל יצחק ולא כהדברי משפט הנ"ל ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק כ"ג שכ' דאף אי נימא דהרשב"א ס"ל דאינו חייב להחזיר הדמים

הדמים וכמ"ש התומים בדבריו מ"מ י"ל דהתם כיון דליכא עדים שהשכין שמטען [...] נהי דעדים ראו ביד לוי מ"מ נאמן שמטען במגו [...] השכין כלל והחזיר הפקדון ביד המפקיד אבל כשנתברר [...] או השכין לאחר י"ל דגובה גם הדמים עכ"ד. ועי' בחה"מ בס"ק ל' מ"ש בזה וכן נ' עיקר לדינא דהיכא דנתברר שמכר או השכין צריך להחזיר הדמים וכהנתיבות והנאל יצחק והישועות ישראל הנ"ל:

סעיף כ (כח) **שהדין** עם המחזיק. עי' ש"ך בס"ק ק"ג שכתב דלא מקרי טוען על גוף המשכון אלא בטוען לקוח הוא בידי או מתנה וכה"ג ועי' במעין גנים שהק' [...]"ך סותר ד"ע ממ"ש לעיל בס"ק ע"א בשם הר"ן להיפוך [...] במקלוט בתורה בס"ק ס"ב מ"ש בזה ולפ"ד מיושב קושי' זו יעוש"ה:

סעיף כא (כט) **א"נ** לומר לקוח הוא בידי כו' בש"ך בס"ק ק"ה כ' דהיינו דוקא בדאיכא עדי ראה דדין אלו כדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אבל היכא דליכא עדי ראה נאמן לטעון לקוח או משכון הוא בידי במגו דלהד"ם או החזרתי. ובתומים בס"ק ל"ח הק' על הש"ך מכתובות פ"ה ומב"ב ל"ו ומש"ה מסיק דלא מהימן במגו דזה מקרי מגו להוציא מחזקת מ"ק דלא כהש"ך וכן פי' באורים בס"ק ל"ג דא"נ במגו ועי' בנתיבות בס"ק ל"ו ובשעהמ"ש בס"ק כ"ג שתי' בטוב קושי' התומים. ופי' כהש"ך דבליכא עדי ראה נאמן במגו והביא השעהמ"ש דכן פי' בתו"ח בפ' חזה"ב וכן מבואר ברשב"ם ב"ב קכ"ח א' ד"ה אתה. וכן נמי מבואר להדיא ברשב"ם בפ' חזה"ב מ"ה ב' ד"ה ראה עבדו כו' יעוש"ה. וכן מבואר ברי"ף בפ' כל הנשבעין מ"ו דלא כהתומים שכ' וז"ל השער עשירי בראוהו עדים שנטל כלים מרשות חבירו שלא בפניו ואמר לקוחין הן בידי א"נ כו' דאלת"ה קשה הא דאמר ר"י הגודרות אין להם חזקה דכיון דגודרות נינהו אמרינן אשכח להו אבראי ואתפים ואמר לקוח ולהכי א"נ ואס"ד דמאן דתפיס קמי סהדי בלאו באפי מרי' ואמר לקוח בידי נאמן גודרות אמאי אין להם חזקה השתא מידי דודאי דלא באפי תרי ותפסי' ואמר לקוח נאמן. הגודרות דספיקא נינהו דל"ל דלמא באפי תרי תפסינהו לכ"ש דאית לי' חזקה ומדאר"י גודרות אין להם חזקה מוכח מאן דתפס מרשות חבירו קמי סהדי מחויב לאהדורי וא"נ לומר דידי הוא וא"נ במגו דלא חספה דהוי משוהיל"מ והאי נמי כיון דתפס דלאו באפי מרי' א"נ עכ"ל. אלמא דטעמא דגודרות הוי משום דזהו כמו נטל שלא בפניו ואלו בנטל שלא בפניו ודאי מהני מגו היכא דלא ראוהו בידו וכמ"ש הר"ן בפ' כל הנשבעין גבי נסכא דר"א ובריב"ש סי' של"ב בשם הרמב"ן והראב"ד ובב"י בסי' ל' בשם בעה"ת וא"כ ה"ה בגודרות נאמן במגו היכא דלא ראה וכן ראיתי בדברי חיים בדיני ח"מ סי' ג' ובס' נאל יצחק בס"ק י"א שהשיגו על התומים מד' הרי"ף אלו ופי' דלא כהתומים יעוש"ה. וכן משמע מד' המחבר בסי' קל"ה סעי' א' דלא כהתומים שכ' וז"ל לפיכך אם יש למערער עדים שהיא שלו נשבע היסת ונוטל ואם אין לו עדים נשבע המוחזק היסת ועומד בשלו עכ"ל. ואי לא ראוהו בידו ל"ש עדים שהוא שלו. ועוד דאי נימא כהתומים הנ"ל דהוי מגו להוציא א"כ אפי' אין עדים שהוא שלו נמי הוי מגו להוציא ומוכח דלא כהתומים ועי' בדברי משפט בסי' קל"ה ס"ק א' שהביא ראי' להש"ך מהתוס' דגיטין כ' ב' ד"ה ת"ש ומחידושי הרמב"ן ב"ב ל"ו א'. וא"כ העיקר נ' לדינא כהש"ך דאף בגודלות היכא דליכא ראה נאמן במגו ודלא כהתומים אלא כהש"ך וכמש"פ הנתיבות והשעהמ"ש והד"ח והנ"י הנ"ל וכן פי' בס' משנת דר"א כהש"ך ומביא ראיה מד' הטור והמחבר גופייהו כו' יעוש"ה:

סעיף כג (ל) **הדין** עם ראובן. בקצה"ח בס"ק כ"ה כ' דמש"ה ל"א אוקי ממונא בחזקת מ"ק משום דהוי דררא דממונא מהני תפיסת המלוה עכ"ד והאריך בזה. ובנתיבות בס"ק ל"ה השיג עליו. דלא מהני תפיסה רק בטוען על גוף החפץ שהוא שלו ולא בטוען שיש לו שעבוד על החפץ עכ"ד. והקצה"ח אזיל לשיטתי' דס"ל בקונטרס הספקות כלל ב' סי' א' דמהני תפיסה בדררא דממונא אף באינו תובע גוף החפץ וכ"כ הקצה"ח במשובב נתיבות ועי' לעיל בסי' י"ז ס"ק ד' מה שכתבתי בזה יעוש"ה. ועי' בס' ישועות ישראל בס"ק י"א מה שהשיג על הקצה"ח והאריך בזה ועי' בש"ך בס"ק כ"ט שכ' דרשב"א חולק וס"ל דהמלוה נאמן בשבועה אף דל"ל מגו. ועי' בדברי משפט בס"ק י"ב שכ' דדין זה תליא במחלוקת הט"ז והגהות הט"ז בסי' ק"נ סעי' ט' והאריך בזה:

סעיף כז (לא) **שנפחתו** דמיו כו'. בש"ך בס"ק קע"ו כ' דשבועת שומרים אינו אלא בטענת שמא כו' אבל כשהבעל טוען ברי לא רמי רחמנא שבועה עלי' דחזקה אין אדם מעיז וכפי מוכח מהרא"ש והר"ן בפ' כל הנשבעין שכ' דשבועות שומרים לאו מגו מעליא הוא דהאי מגו דהעזה כו' ואי חייב שבועת שומרים אפי' בטוען הבעל ברי לי שפשע א"כ השתא נמי מעיז כו' ואמאי ל"א מגו כו' א"ו כמ"ש וכן משמע ממ"ש התוס' בפ' הגוזל עצים ק"ז א' והרא"ש שם חזקה א"א מעיז פניו בפני בע"ח שיודע שהוא משקר וה"ה נמי בפני המפקיד לכפור הכל ובמלוה כו' הוא דאינו מעיז לפי שכנגדו יודע שהוא משקר אבל בטענה דלא שייכא אלא בפקדון מעיז ומעיז הלכך אפי' כ"ה חייב כו' עכ"ד. וכ"כ בביאורי הגר"א בס"ק קל"א דשבועת שומרים אינו אלא בטענת שמא כהש"ך. ובתומים בס"ק מ"ב השיג על הש"ך והק' עליו מב"ב ע' ומפ' כל הנשבעין מ"ה ב' דהא יש לו מגו דנאנסו בפניך כו' ועי' בס' מעין גנים שתי' בטוב עפ"ד הב"ש באה"ע סי' פ"ה ס"ק י"ב וס"ק ל' והאריך בזה. ועי' במקלוט בתורה ס"ק ס"ב ובס' זית רענן ח"ב חו"מ סי' נ"ז מה שמיישבים קושי' זו יעוש"ה. והביא התומים ראי' דלא כהש"ך מהגהות מיימוניות בפ"ב מהל' שכירות אות ו' שכ' בשיטת ריב"א דבטענת אונס מעיז אפי' חבירו יודע בשקרו הרי מבואר להדיא דלא כהש"ך בדעת ריב"א עכ"ד אינו ראי'. דבאמת ד' הגהמי"י תמוהים דהא לשיטת ריב"א כל היכא דמכיר בשקרו א"י להעיז ומ"ש טענת אונס מטענת להד"ם כיון שחבירו מכחישו. וגם האיך הביא הגהמי"י ד' הריב"א שלא כמ"ש התוס' וגם המעיין בתשובות מיימוני עצמו לס' משפטים סי' כ"ח כ' שם בד' הריב"א דבטענת אונס מעיז מפני שאין חבירו מכיר בשקרו יעוש"ה. והיינו כד' התוס' בשיטת ריב"א וצ"ל דט"ס הוא בהגהמי"י וכצ"ל דבטענת אונס מעיז לפי שאין חבירו יודע בשקרו אבל היכא דחבירו יודע בשקרו אין כאן שבועת שומרים וכמ"ש הש"ך בדעת ריב"א ושפיר ד' הש"ך ואין כאן סתירה מד' הגהמי"י דהגהמי"י נמי ס"ל כהתוס' הנ"ל בשיטת ריב"א וכפי מה שפי' הש"ך ד' התוס' בשיטת ריב"א כן נמי מפרש ד' הגהמי"י. וכ"כ חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטמייטין לדחות כן ד' התומים הנ"ל דט"ס הוא בהגהמי"י וכמ"ש:

עוד הביא התומים ראי' מד' התוס' בב"ק שם בסוה"ד כו' ממה שהק' מהרש"א שם כו' ומיישב בזה קושי' מהרש"א אין זה ראי' וקושי' מהרש"א בלא"ה לק"מ וכמו שתי' הפ"י שם והקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק י"ד יעוש"ה. ועי' עוד בתומים שהביא ראי' מד' התוס' ב"מ ל"ח א' ד"ה משכחת כו' והאריך בזה ופי' דשבועת שומרים שייכא אף בטוען המפקיד ברי דלא כהש"ך וכן פי' הנתיבות בס"ק ל"ז דאף כשטוען ברי שייך ש"ש ועי' בבית יהודא שרצה להוכיח דלא כהש"ך משבועות מ"ה ב' מתוך שיכול לומר להד"ס יכול לומר נאנסו ומאי פריך הא משכחת לה כשהשומר תובע לבעל החפץ שחייב לו מעות והוא משיב יש לי בידך החפץ שלי כו' ומתוך קושי' זו רצה להוכיח דלא כהש"ך ואח"כ דחה זה. ועי' מ"ש לעיל בס"ק ט"ו ליישב קושי' זו יעוש"ה. וא"כ אין ראי' מזה דלא כהש"ך. ולכאורה יש להוכיח כהש"ך משבועות מ"ז ב' דתני ר' אמי שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים ה"ד כו' אלא לאו דא"ל מנה לאבא

בידך וא״ל אמשין ידענא ואמשין לא ידענא כו׳ וקשה דהא האי קרא בשבועת שומרים כתיב בפרשה דש״ש א״כ יותר ה״ל להש״ס לומר דהאי קרא מיירי בשבועת שומרים שטען השומר א״י אם נאנסו דחייב משום דהוי משאיל״מ ולא בין היורשים דאם א״י דפשע אביהם דפטורים ול״ל להש״ס לפרש דקאי על שבועת מודה מקצת ולפי שיטת הש״ך הנ״ל ניחא דבטוען המפקיד ברי ליכא ש״ש וע״כ דעיקר חיוב ש״ש מיירי בטוען התובע שמא. ובט״ז בסי׳ ל״ב סעי׳ י״א כ׳ דהיכא דהתובע טוען שמא לא דיינינן בי׳ דין משאיל״מ וא״כ לא מצי למימר דקרא דשבועת ה׳ קאי על ש״ש דלא משכחת בשבועת שומרים לומר משאיל״מ דאם טוען המפקיד ברי אינו חייב כלל לשבע לשיטת הש״ך ובטוען שמא הא לדעת הט״ז דלא אמרינן משאיל״מ וע״כ צריך לאוקמי דאיירי באמשין ידענא כו׳ וא״כ לכאורה יהי׳ ראי׳ מזה לשיטת הש״ך והט״ז הנ״ל. וכן ראיתי בפ״י בב״מ ל״ח א׳ ד״ה משכחת שהק׳ קושי׳ זו דאמאי לא מוקי הקרא בא״י אם נאנסו ותי׳ דהיכא דהתובע טוען שמא ל״א משאיל״מ והאריך בזה. והיינו כהט״ז הנ״ל והפ״י לא הביא ד׳ הט״ז. אבל באמת אין ראי׳ מזה להש״ך די״ל כמ״ש התומים בסי׳ ל״ב ס״ק י׳ ליישב דמש״ה ליכא לאוקמי דקרא בא״י אם נאנסו משום דבשומרים אין הטוגם על שניהם ועי׳ בחמדת שלמה בחידושיו לב״מ ל״ח א׳ ובמעין גנים בסי׳ רל״א ובשערי בינה שער כ׳ דין ד׳ אות ד׳ ובס׳ היד החזקה בסי׳ כ״ב ובס׳ נחל יצחק בס״ק י״ג ובסי׳ ל״ב ס״ק ז׳ מ״ש ליישב קושי׳ זו ובד׳ הש״ך והט״ז הנ״ל והאריכו בזה יעוש״ה. וא״כ אין ראי׳ מזה להש״ך הנ״ל ועי׳ בס׳ השואה מן בסי׳ ל״ז מ״ש בד׳ הפ״י הנ״ל והאריך בזה. ועי׳ עוד בשערי בינה שער ז׳ אות א׳ ובדברי. אמת בקונטרס הסוד ובדברי חיים בדיני שומרים בסי׳ כ״ה מ״ש בד׳ הש״ך הנ״ל. אך לענין דינא כיון דהביאורי הגר״א הנ״ל ס״ל כהש״ך וכן מבואר בשלטי הגבורים בס״פ הגוזל עצים כהש״ך יעוש״ה וכן משמע מד׳ רש״י והר״ן בר״פ כל הנשבעין שכ׳ ושכנגדו כו׳ ונתחייב הנתבע שבועה מה״ת ע״י הודאה במקצת עכ״ל ולא פי׳ על ש״ש. משמע דס״ל כהש״ך הנ״ל דש״ש ליתא בטענת ברי א״כ אין שכנגדו יכול לשבע ועי׳ בשערי בינה שם באות ז׳ מ״ש בד׳ רש״י והר״ן אלו וא״כ נ׳ דדין זה הוי ספיקא דדינא וכ״כ בנחל יצחק דדין זה של הש״ך הנ״ל הוי ספיקא דדינא :

סעיף ל׳ (לב) **הלכך** ה״ל שמעון משאיל״מ. מד׳ המחבר אלו מוכח דהטעם דשומר שמסר לשומר חייב משום דהוי משאיל״מ ודלא כהקצה״ח בסי׳ פ״ז ס״ק ט׳ ועי׳ לעיל בס״ק י״ח מ״ש בזה יעוש״ה. וקשה לי על הט״ז בסי׳ ל״ב שהבאתי בס״ק דקודם דס״ל דבש״ש היכא דהתובע טוען שמא ל״א משאיל״מ והא הכא אמרינן משאיל״מ ואף דהתובע טוען שמא לפמ״ש הש״ך בס״ק קכ״ט דהא דאמרינן משאיל״מ היינו משום ש״ש ואף דהתובע טוען שמא וכן ראיתי בשערי בינה שער כ׳ דין ד׳ אות ד׳ ובס׳ היד החזקה בסי׳ כ״ב שהשיגו על הט״ז מד׳ המחבר אלו ועי׳ בס׳ נחל יצחק בסי׳ ל״ב ס״ק ז׳ מ״ש ליישב קושי׳ זו והאריך בזה יעוש״ה. עוד הק׳ בהיד החזקה שם על מה שכ׳ המחבר נמצא שמעון מודה מקצת כו׳ הא אין כאן מודה מקצת לפ״מ שפ׳ המחבר בסי׳ פ״ז סעי׳ ה׳ דאין שבועה למ״מ בכ״ה ומחויב מכח טענתו כו׳ וכן פ׳ המחבר בסי׳ שס״ד סעי׳ ו׳ אמר החוטף עשרים חטפתי כו׳ וא״כ מ״ש הכא הלא הוא כ״ה עכקוש״י והאריך בזה ליישב. ועי׳ בס׳ נחל יצחק בס״ק ע״ו מ״ש ליישב קושי׳ זו. וראיתי במעין גנים שהק׳ נמי קושי׳ זו ותי׳ די״ל כיון דא״י אם נאנסו הוי כא״י א״פ כו׳ ובאומר א״י א״פ כ׳ הש״ך דחייב ש״ד עכ״ד. ושוב ראיתי בס׳ משנת דר״א שתי׳ נמי כן ודבריהם תמוהים דהא הש״ך קאי על ד׳ המחבר והמחבר מוכח דס״ל דהטעם הוא משום דהוי משאיל״מ ולא משום דהוי כא״י א״פ. אך י״ל כמו שתי׳ שם בתי׳ הב׳ ועי׳ במקצוע בתורה בס״ק ע״א ע״ב מ״ש בזה :

(לג) **ונפטר** שמעון. עי׳ ש״ך ס״ק ל״ג מה שהשיג על הב״ח ועי׳ באורים בס״ק קי״ט ובקצה״ח בס״ק ל״ב ובנתיבות בס״ק מ״ג ובשעה״מ בס״ק כ״ט ובמקצוע בתורה בס״ק ע״ד ובס׳ נחל יצחק בס״ק ע״ז מ״ש והאריכו בזה יעוש״ה :

סעיף לד (לד) **נשבע** הנתבע היסת כו׳. בש״ך בס״ק קמ״ב הק׳ דאמאי נשבע היסת הנתבע הא אין נשבעין על טענת ספק ותי׳ דלנלדין קתני דאם טוען ס׳ השטר בטל ואם טוען ודאי חייב הנתבע היסת ועי׳ בתומים בס״ק כ׳ שהק׳ דהא היורש נאמן במגו דנאנסו כו׳ ועי׳ בנתיבות בס״ק מ״ט ובשעהמ״ש בס״ק ל״ב מ״ש ליישב קושי׳ זו ובאמת קושי׳ הש״ך הנ״ל לק״מ דמבואר להדיא בהרא״ש בפ׳ חזה״ב סי׳ י״ז גבי עובדא דרבה בר שרשום דכל מה דמצי אבוהון למטען ולהשביע טענינן ליתמי ומשבעינן אפי׳ בשמא יעוש״ה. ומ״ש הרא״ש בפ״ק דב״ב סי׳ ע׳ וז״ל אבל ביתמי לא משבעינן לי׳ מספק עכ״ל. היינו משום דאיכא חזקה דאא״פ בתוך זמנו אבל בלא״ה משביעין מספק וכן כ׳ בפלפולא חריפתא שם אות ט׳ וכן ראיתי בביאורי הגר״א בס״ק ק״ס שהביא ד׳ הרא״ש אלו וכ׳ דנעלם מהש״ך ד׳ הרא״ש אלו ועי׳ בס׳ מקצוע בתורה בס״ק פ״ב פ״ג מ״ש בזה :

סעיף מד (לה) **ונשרף** המשכון כו׳. עי׳ בקצה״ח בס״ק מ״ג שהשיג על התומים וכ׳ דכי היכא דישראל שקבל שמירה מעובד כוכבים פטור ה״ה להיפך פטור כיון דלאו רעהו הוא עכ״ד. ובנתיבות בס״ק נ״ג השיג עליו ועי׳ במשובב נתיבות מה שהשיג על הנתיבות ועי׳ לעיל בסי׳ כ״ח ס״ק ע׳ מ״ש והארכתי בזה יעוש״ה. ועי׳ בס׳ מקצוע בתורה בס״ק ק׳ שכ׳ כהתומים ועי״ש עוד בס״ק ק״א שהשיג על הט״ז שכ׳ דבזבינא מציעא הוי ש״ש וכ׳ דלא הוי אלא ש״ח :

סימן עג

סעיף ב׳ (א) **היום** סוף הזמן כו׳. עי׳ בקצה״ח בס״ק ב׳ שכ׳ אם טוען התובע מכרת לי החפץ ועדיין לא נתתי הדמים ואתן לך הדמים ותן לי החפץ וע״א מעיד כד׳ התובע והנתבע מכחיש ואומר לא מכרתי לך כלום חייב נתבע לשבע ש״ד להכחיש העד עכ״ד. ועי׳ בדברי משפט בס״ק א׳ שהשיג עליו מד׳ הר״ן בפ׳ שבועות הדיינים גבי הא דאין נשבעין על הקרקעות אף היכא דיש ע״א כו׳ והאריך בזה ומסיק דבכה״ג אין ע״א מחייב שבועה יעוש״ה :

סעיף ה׳ (ב) **לא** חלה השבועה. בש״ך בס״ק י״א הק׳ דאמאי לא חל השבועה בכולל דומיא למי שנשבע שלא אוכל מצה כו׳ ותי׳ דל״ד למצה וסוכה דלא חל חיוב מצה וסוכה באמצע השנה ואף אם עושה באמצע השנה מצה וסוכה לא יצא ידי חובתו כו׳ משא״כ הכא נהי דזמן הפרעון לא הגיע עדיין מ״מ הוא חייב לו כבר ושעבודא אית לי׳ כו׳ הלכך חל עליו החוב מעיקרא ולא חלה השבועה עכ״ד. והא״ל בהגהות הט״ז השיג על הש״ך מד׳ התוס׳ בשבועות כ״ד א׳ ד״ה אלא כו׳ שהק׳ מההיא דירושלמי דשבועות שלא אוכל מצה אהא דאמרינן התם דאפי׳ בכולל כשירות עם נבילות לא משכחת לה אם איתא לד׳ הש״ך ש״ה דאיסור נבילה כל שעה הוא חל עליו בשוה ט׳. והרז״ה דחה להאי ירושלמי מהלכה כו׳ והרמב״ן והר״ן והריב״ש הסכימו לתי׳ ר״י וכן הב״י והרמ״א הביאם לפסק הלכה ביו״ד סי׳ רל״ט עכ״ד. ולא ידענא מאי קשי׳ לי׳ דהש״ך לא קאמר רק בנשבע שלא למכור לפרוע וכבר חייב לשמעון אלא שלא הגיע זמן הפרעון א״כ אין כאן כולל היתר רק כולו לעבור על המצוה אבל התם איכא כולל על השחוטות שמותרין. וכן ראיתי בס׳ מקצוע בתורה בס״ק ט׳ שהשיג כן על הא״ל והאריך

והאריך בזה ועי' במעין גנים ובס' נאלי מים מהגאון מהרי"ס מבריסק בסוף הס' בקונטרס עין המים בסי' ע"ז מ"ש ליישב קושי' הא"ל הנ"ל יעוש"ה. ובאמת מבואר כד' הש"ך בתומת ישרים הובא בתומים בס"ק ד' ובראב"ד בתמים דעים בפסקים בהשגות על בעה"מ בסי' רמ"ה הובא דבריו בחק יעקב באו"ח סי' תפ"ה ס"ק א' ובקצה"ח בס"ק ג' וכ' הקצה"ח דכן הוא נמי דעת הר"ר חסדאי בריב"ש סי' ל"א והאריך בזה. ובתומים שם כ' דכן הוא נמי דעת רש"י בנזיר ד' א' והאריך בזה וא"כ לענין דינא העיקר כהש"ך וכמ"ש הקצה"ח הנ"ל. ועי' בהגהות עמק המלך על הרמב"ם פ"א מהל' שבועות הל' ז' שהביא ראי' להש"ך ומיישב בזה קושי' הפרשת דרכים על החינוך פ' מצות ועי' בהפלאה בכתובות בקו"א בסי' ק"א ס"ק א' ובחידושי בנו שם בסוף הס' בשבועות כ"ד א' ובאבני מלואים בסי' ע"ב ס"ק ב' ובתשובות שם בסי' י"ד ע"ו ובשאגת ארי' בסי' ס' ס"א ובמשל"מ בפ"ה מהל' שבועות ובמקלוע בתורה שם ובמחנה לוי בשבועות כ' ב' ד"ה נשים ובשעה"מ בפי"ז מהל' איסורי ביאה ובברוך טעם בשער הכולל דין ו' ובעלי לבינה ביו"ד בסי' רל"ו סעי' ה' ובסי' רל"ט סעי' א' ובס' חקרי הלכות בסי' ד' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' עוד בא"ל שהשיג על הט"ז וכ' דאין לוקין בשב ואל תעשה דלאו שא"ב מעשה אין לוקין עליו והשיג דהא אמרינן כל לאו שא"ב מעשה אין לוקין חוץ מנשבע כו' ועי' בשעהמ"ש בס"ק ו' מה שמיישב ד' הט"ז יעוש"ה:

(ג) **ואם** מתוך אימת המלקות יתחרט. בתומים בס"ק ו' הביא ד' המהרש"א בגיטין ל"ג א' שהק' על מ"ש התוס' גבי נזיר הוי התראת ספק שמא ישאל על נזירותו והק' הא ודאי ישאל על נזירותו כדי שלא ילקה והאיך מלינו גבי נזיר שלוקה ותי' דודאי ביודעים בו שעבר על נזירותו במתכוין החכם לא ישאל לו כדי שלא ילקה אבל התראת ס' מיהו הוי דשמא יבא לחכם שלא ידע אם עבר נזירותו וישאלו עכ"ל. והק' התומים עליו דזהו סותר לדין האמור בכאן דיכול החכם להתירו ולהנצל מעונש מלקות והאריך בזה ומסיק דלא כמהרש"א. ובאמת ד' המהרש"א תמוהים דהא אמרינן בשבועות כ"ח א' אימימר אמר אפי' אכלה כולה נשאל עלי' אי בשוגג מחוסר קרבן אי במזיד מחוסר מלקות הרי להדיא דלכתחילה החכם מתיר לו אע"ג דעבר במזיד וה"נ אמרינן בהדיא בנדרים כ' א' מי שנזר ועבר על נזירותו אין נזקקין לו עד שינהגו בו איסור כימים שנהג בהם היתר ד' ר"י אמר ר' יוסי בד"א בנזירות מועטת אבל בנזירות מרובה דיו ל' יום הרי להדיא דנזקקין להתירו לו ודלא כמהרש"א וכן הק' על המהרש"א אחי הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטמייטין. ושוב ראיתי בס' נחלת עזריאל בשבועות כ"ח ובישועות יעקב חאו"ח סי' תרי"ט שהק' כן על המהרש"א ועי"ש בישוי"ע מ"ש ליישב ד' המהרש"א והאריך בזה. וקושי' המהרש"א הנ"ל בלא"ה לק"מ דמי יימר דמזדקיק לי' חכם או ג' הדיוטות וכדאמרינן בקידושין ס"ב ב' גבי גר מי יימר דמזדקקי לי' בי תלתא ועי' בחידושי רע"א בגיטין שם ובס' מהר"ם מינץ סי' א' וסי' ע"ז ובס' זכר יצחק סי' י"ט וסי' כ' מ"ש על המהרש"א הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה:

סעי' ז' (ד) **וישומו** אותו כו'. בסמ"ע בס"ק כ' כ' להתיר לאחרים שיעסקו בשומא זו כדי שיקיים זה מצותו דומיא דשידוך תינוק כו' משום דחפצי שמים נינהו עכ"ד. ובש"ך בס"ק כ"ב השיג עליו דל"ד לשידוך דהתם עושה מצוה בעצמו במה ששידך. משא"כ הכא דמונע מחבירו עבירה דהוי כמו הדביק פת בתנור דאין אומרים לו לאדם חטא כדי שיזכה חבירך עכ"ד. וכן השיג הט"ז על הסמ"ע וס"ל כהש"ך. ובאמת אין זה השגה דודאי המונע חבירו מעבירה ג"כ מצוה קעביד וס"ל להסמ"ע כיון דשומא ליכא איסור רק משום ממצוא חפצך וא"כ חפצי שמים מותרים כמו במדידת מלוה דשרי ה"נ דשרי שומא של מלוה ולא שייך בזה לומר חטא כדי שיזכה חברך שאינו כלל בזה כיון דשומא של מלוה שריא. ול"ד להדביק פת בתנור דהתם חוטא הוא בשבות דרבנן רק לדחות השבות דרבנן של אחרים כדי שלא יבא המדביק הפת לידי איסור סקילה להכי פריך וכי אומרים לו לאדם חטא כדי שיזכה חברך. ועי' בשעהמ"ש בס"ק ה' ובמקלוע בתורה בס"ק י"ד מה שהשיגו על הש"ך ועי' בתומים בס"ק ט' מה שהביא ד' המג"א באו"ח בסי' ש"ו ומ"ש בזה. ועי' בשעה"מ בפכ"ג מהל' שבת הל' י"ד מה שמחלק בין דין זה להא דקי"ל דאסור לפדות הבן בשבת יעוש"ה. ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ג' מ"ש לחלק בזה:

סעי' טו (ה) **ואם** א"י כמה הי' שוה כו' ישבע הלוה כו'. בסמ"ע בס"ק מ"ב ובש"ך בס"ק מ"ג הק' דאם מודה ששוה יותר הוי משואיל"מ ואם אינו מודה ששוה יותר נשבע המלוה היסת ונפטר ודחקו בזה ליישב. ועי' בתומים בס"ק י"ז מ"ש בזה. ובאמת נ' דדין זה הוא ברור וכן ראיתי במקלוע בתורה בס"ק כ"ג שכ' כן לפ"מ שמבואר לקמן בסי' ע"ו באחד שלוה משנים כו' והוא א"י איזו בעל המנה ואיזו בעל המאתים צריך ליתן לכ"א מאתים. וכ' הסמ"ע שם בס"ק א' דדין זה נלמד משנים שהפקידו לקמן בסי' ש' א"כ חזינן היכא דה"ל למידק צריך לשלם בברי ושמא. והנה התוס' בפ' המפקיד ל"ז א' חלקו בגזל אחד מחמשה וכ"א אומר אותי גזל דלמ"ד מניח גזילה ביניהם ומסתלק חלקו דכאן לא הוי ברי ושמא דיודע בברי שאינו חייב רק מנה אחת וא"כ הא דמפטר לדידן בברי ושמא אע"ג דלא ה"ל למידע מ"מ לא פשע במה שא"י ואינו מתחייב בשביל ששכח וטוען שמא ואף גם בזאת חייב לשלם לצאת י"ש. וא"כ כ"ש בזה שפשע בידים למכור משכון של חבירו וא"י כמה שוה דה"ל למידק וא"כ ממילא שצריך לשלם רק הלוה צריך לשבע כדינו לקמן בסי' ע"ו שצריך לשבע ג"כ ואינו דומה לנאבד בפשיעה שאין לקונסו שהרי איבד שלו ג"כ אבל לאבד של חבירו למכור משכונו מבלי ידיעה אם מכרו בשוי' או פחות פשיטא שיש לחייב המלוה יותר מהך דפקדון משום דה"ל למידק זהו כונת הרא"ש וכן הוא עיקר לדינא:

סימן עד

סעיף ג' (א) **י"א** שאין המלוה יכול לעכב כו'. והוא מימרא דרבא בב"מ ע"ז ב'. והנה הרי"ף והרמב"ם השמיטו מימרא זו ועי' בש"ך בס"ק י"ז מה שדחק ליישב. ונ' די"ל דס"ל להרי"ף והרמב"ם דרבא לשיטתו דוקא שייך דין זה דס"ל כמ"ש המחבר דמיירי בתוך זמן והוא מד' בעל העיטור דאם הגיע הזמן א"ל לקבל בפרוטרוט וכיון דאיירי בתו"ז א"כ קשה הא דאמרינן ב"ב ה' א' דהקובע זמן לחבירו א"י לומר פרעתיך תו"ז דחזקה אא"פ בתו"ז הא יכול לומר פרעתיך בתו"ז זוזא זוזא דודאי ניחא טפי לפרוע לאחדים וכדמוכח מהא דקאמר אפסדתינהו מנאי וכיון שלמלוה נקרא הפסד ממילא ניחא לי' ללוה בכך והוי טענה טובה וא"כ אפי' אמר פרעתי הכל יהא נאמן במגו דפרעתיך זוזא זוזא. אלא ודאי דלא מצי למפרע זוזא זוזא. אלא דרבא לשיטתי' דס"ל בב"ב שם דעביד איניש דפרע בגו זמנו וא"כ אין הזמן רק לטובת הלוה שלא יוכל לתובעו קודם שיגיע זמנו א"כ שפיר י"ל דעכ"פ יכול לפרעו זוזא זוזא כיון דדרך לפרוע בתו"ז יכול לפרעו לאחדים ג"כ. משא"כ אי אמרינן דחזקה גמורה שאא"פ בתו"ז א"כ כשהלוהו לא עלה בדעתו כלל לקבל ממנו פרעון בטרם יגיע זמנו לכן א"ל לקבל ממנו פרעון כלל זוזא זוזא אף בתו"ז. וא"כ הריף והרמב"ם לשטתייהו דקי"ל דאא"פ בתו"ז הוי חזקה גמורה ולא הוי פרעון זוזא לענין שיכופנו לקבל ממנו ושפיר ד' הרי"ף והרמב"ם שהשמיטו מימרא דרבא הנ"ל. ושוב ראיתי במקלוע בתורה בס"ק י' שכ' כן ליישב ד' הרי"ף והרמב"ם. ועי"ש עוד מ"ש ליישב ד' הרי"ף והרמב"ם והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בכנה"ג בסי' ע"ג שהביא בשם תשובות מהר"ם יונה במי שלוה מחבירו לשלם לו בזמנים מיוחדים והמלוה לא תבע אותו ועברו הזמנים דאינו יכול לכופו לפרוע בבת אחת הובא בגליון ש"ע מהגאון רע"א:

סימן עה

סעיף א' (א) **התובע** את חבירו כו'. בש"ך בס"ק א' הביא דאסור לטעון שקר כדי לעוות הדין כו' ואע"פ שהוא זכאי כו'. ולא ידעתי למה לא הזכירו הטור והמחבר בשום מקום דינים אלו עכ"ד. ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק א' מ"ש ליישב זה וכ' שם דגם פסול המעיד שקר כשאינו ידוע פיסולו ומועיל דעובר בלא תעשה עכ"ד והאריך בזה. ולפ"ד היכא דקבלו בע"ד עליהם אף שהם פסולים בודאי עוברים על לא תענה ועי' במנחת חינוך מצוה ל"ז אות ב' שנסתפק בזה ועי' בס' גור ארי' יהודא בשבועות ל"א מ"ש בזה יעוש"ה:
(ב) **ברר** דצריך כו'. עי' בס' מעיני החכמה בריש ב"מ ד"ה והא כו' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעי' ב' (ג) **חייב** לשבע מן התורה כו'. אמרינן בש"ס בריש ב"מ ג' א' ובכמה דוכתי הטעם דמודה מקצת ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח והאי בכולי' בעי דלכפרי' והאי דלא כפרי' משום דא"א מעיז פניו והאי בכולי בעי דלודי לי' והאי דלא אודי לי' אשתמוטי הוא דקמשתמיט מיני' סבר עד דהוי לי זוזי ופרענא לי' ואמר רחמנא רמי שבועה עלי' כי היכא דלודי לי' בכולי' והובא בסמ"ע בס"ק ו' ובש"ך בס"ק ז' והוא מימרא דרבה. והק' הפ"י בב"מ שם ד"ה בכולי' כו' דמאי קשי' לי' לרבה דלמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו כפי הממון שכופר בו וא"כ ל"ש מגו דאי בעי כ"ה דלמה יכפור בכולה כיון שאין הספק מלוה ישנה עולה כנגד כל התביעה להכי רמי רחמנא שבועה עלי' עכקוש"י. וכן הק' על הפוס' שהביאו הא דרבה והביאו ג"כ הא דאביי דס"ל מלוה ישנה לפסק הלכה. וכ' ליישב דחשש ס' מלוה ישנה אינו אלא מדרבנן אבל מדאורייתא לא חיישינן להכי עכ"ד יעוש"ה. והנה מד' הסמ"ע לקמן בסי' פ"ז ס"ק ג' ובסי' ל"ב ס"ק י' מוכח דס"ל כהפ"י שכ' דבמודה מקצת אמרינן טעמא דאשתמוטי ודעתו לפרוע לאחר זמן והשתא דרמי רחמנא שבועה עלי' ודאי לא ישבע. ובכ"ה חששו חז"ל משום ס' מלוה ישנה כו' עכ"ד. והיינו דס"ל כהפ"י הנ"ל דחשש ס' מלוה ישנה אינו אלא מדרבנן ולהכי בכ"ה חששו חז"ל לס' מלוה ישנה ובמודה מקצת צריך טעמא דאשתמוטי. ובאמת קושי' הפ"י הנ"ל יש ליישב לפמ"ש הנ"י בב"מ ו' דנ"מ בין אביי לר' יוחנן היכא דמחל לו על כל מלוה ישנה דלאביי אמרינן מגו דחשיד כו' ולר"י כשר יעוש"ה. וא"כ י"ל דקושי' רבה הוא דהא מודה מקצת חייב לשבע אף היכא דמחל הנתבע לתובע כל מלוה ישנה וא"כ קשה אמאי א"נ במגו דכ"ה ולק"מ קושי' הפ"י הנ"ל. וא"כ שפיר י"ל דחשש ס' מלוה ישנה הוי נמי מדאורייתא דלא כהפ"י הנ"ל וכן ראיתי בדברי משפט בס"ק א' שתי' כן קושי' הפ"י הנ"ל. ופ' מפני זה דאם תבעו בשני כלים ואומר התובע כלי אחד ראיתי בידך אף דנתבע מודה באחד וטוען דנאבד ממנו וחייב לשלם מ"מ אינו חייב לשבע משום מודה מקצת דהא נאמן במגו דכ"ה. דהא ל"ל א"א מעיז דהא השתא נמי מעיז וגם ל"ל אשתמוטי כאן דהתובע אומר כלי אחד שלי בידך והוא כופר ואומר דנאבד ממנו עכ"ד והאריך בזה. ולפ"ד הפ"י הנ"ל אינו מוכח דינו של הדברי משפט ועי' במהר"ם שי"ף שם ד"ה בכולי' שמיישב קושי' התוס' על רש"י דרבה ס"ל כאביי דהטעם הוא משום ס' מלוה ישנה וכ"מ היכא שמחל ועי' בשערי בינה שער ה' אות י' שתי' נמי קושי' הפ"י על פי דרך הנ"י הנ"ל. ועי"ש עוד מ"ש ליישב קושי' הנ"ל והאריך בזה. ושוב ראיתי בתומים בסי' ל"ב ס"ק ד' שהק' קושי' הפ"י ותי' נמי עפ"ד הנ"י הנ"ל. ועי' עוד בתומים בכללי מגו בסי' פ"ב ובקצה"ח בסי' ל"ב ס"ק ג' ובנתיבות שם בס"ק ב' ובשעהמ"ש שם בס"ק ד' ובס' מעין גנים שם ובס' נחל יצחק שם בס"ק ו' ובשערי בינה שער י"ב אות כ' ובשער כ' דין ד' אות י"ב ובחמדת שלמה בב"מ ג' ובמעיני החכמה שם ובמה"ב שם ד' ב' ד"ה לעולם כו' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ואכמ"ל בזה. והנה הסמ"ע בס"ק ו' כ' דילפינן דבעינן הודאה במקצת מדכתיב כי הוא זה גבי שומרים וה"ה במודה מקצת בטענת מלוה עכ"ד. ואיני מדוקדק דהא קי"ל לקמן בסי' רצ"ה סעי' ג' דגבי שומרים לא בעינן הודאה במקצת דעירוב פרשיות כתוב כאן ובטענת נאנסה לחוד צריך לשבע מדאורייתא וכי הוא זה לא קאי רק אמלוה וכן ראיתי בשערי בינה שער ה' אות א' שהשיג כן על הסמ"ע. עוד השיג שם על הסמ"ע במ"ש דכ"ה פטור משום חזקה דא"א מעיז דזהו שיטת רש"י בב"ק ק"ז א' אבל אנן קי"ל דגם בפקדון כ"ה פטור וכמבואר לקמן בסי' רצ"ו סעי' ב' וכן השיג בנתיבות בס"ק א' ובהגהות אמרי ברוך על הסמ"ע. ועי' באמרי ברוך מה שהק' על רש"י הנ"ל ובמעין גנים בריש סי' פ"ז מ"ש בזה יעוש"ה:

(ד) **וי"א** שאינו פוטרו. הוא דעת בעה"ת שער כ"א ח"ה דין ב'. ומבואר שם שגם דעת הרמב"ם הוא כן דאין עד המסייע פוטר משבועת היסת ועי' בג"ת שם מה שהק' על הבעה"ת בד' הרמב"ם ועי' בגליא מסכת בסי' ג' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה. ובדעת רש"י לכאורה משמע מדבריו בריש ב"מ גבי ולאחזי זוזי ממאן נקט מדלא פי' כר"ת משמע דס"ל דאין עד המסייע פוטר ועי' בתשובות רע"א בסי' קע"ח שכ' בד' רש"י בכתובות פ"ח א' ד"ה אי פקח הוא כו' דס"ל דעד המסייע פוטר וכ"כ בישועות יעקב באה"ע סי' ל"ו ס"ק ט' ובשערי בינה בפתיחה אות ה' ובס' חמדת צבי בכתובות שם דמד' רש"י הנ"ל י"ל דס"ל דעד המסייע פוטר יעוש"ה. ועי' עוד בשערי בינה שער כ' דין ד' אות ו' שכ' דמד' רש"י בשבועות מ"ה ב' ד"ה שכנגדו שפי' ע"י הודאה במקצת ולא פי' ע"י ע"א משום דס"ל דעד המסייע פוטר וכ"כ בעטרת חכמים בחידושי לשבועות שם דמד' רש"י אלו משמע דס"ל דעד המסייע פוטר יעוש"ה ואינו כעת ת"י. ומד' רש"י דריש ב"מ הנ"ל אינו מוכח להיפוך די"ל דכונת רש"י לפמ"ש בהגהות אשר"י בשם מהרי"ח דהאידנא דאיכא היסת לא הוי עד כיון שיכול שכנגדו להשביע ולומר תן לי מקחי שקניתי ממך ועד שצריך שבועה אינו עד עכ"ל. וא"כ לפ"מ דס"ל לרש"י בב"ק ק"ז א' דבפקדון וכדומה דלא עשה לו טובה כ"ה חייב ש"ד א"כ לא חשיב המוכר עד אפי' קודם שנתקן שבועת היסת ומש"ה לא פי' רש"י כר"ת וכ"כ במעיני החכמה בב"מ שם ובס' נחלי מים מהגאון מהרי"מ מבריסק בסוף הס' בקונטרס עין המים בסי' י"א דמש"ה לא פי' רש"י כר"ת ועי' בס' גור ארי' יהודא בב"מ שם מ"ש והאריך בזה. ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ע אות ד' שדחה סברא זו והאריך בזה וכ' לבסוף דקושי' התוס' ל"ק על רש"י דרש"י לשיטתי' דגם כשאין מקחו בידו נאמן כבי תרי כשזוכר דהיינו בדנקט זוזי מאחד ובדנקט זוזי מתרווייהו נמי הוי נאמן כבי תרי אי לאו דאמרינן שאינו זוכר א"כ ממילא גם כע"א לא הוי עכ"ד יעוש"ה. וא"כ שפיר י"ל דרש"י ס"ל דעד המסייע פוטר. והנה רש"י בחומש בפ' משפטים סי' כ"ב פסוק י"ב יבאהו עד כ' יביא עדים שנטרפה באונס ופטור. וכ' בס' שפתי חכמים שם אות ה' יש מקשים ל"ל ב' עדים הא ע"א פוטר אותו מן השבועה וממילא פטור ג"כ מן התשלומין. י"ל דרש"י ס"ל דעד המסייע אינו פוטר ומש"ה צריך ב' עדים עכ"ד. ואין דבריו נראין דרש"י שפיר ס"ל דעד המסייע פוטר וכנ"ל. וכונת רש"י שכ' יביא עדים שנטרפה באונס היינו במקום שיש רואה צריך להביא ראי' ולא מפטר בשבועה זהו כונת רש"י הנ"ל. ואף דאיסי דרש זה מאין רואה נ"ל דמשמעות דורשין איכא בינייהו וכמ"ש התוס' בב"ק י"א א' ד"ה יביאו כו' וד' רש"י הנ"ל הם ד' הגמ'. ולפ"ד השפתי חכמים תקשי על הפוס' דס"ל דעד המסייע פוטר מד' הגמ' אלו ועכ"ל דכונתם דמיירי במקום

שיש

שיש רואים וכיון דכונת הגמ' ורש"י הנ"ל הוא במקום שיש רואים בהא אין ע"א פוטר וצריך דוקא ב' עדים :

ובזה שדחקו לרש"י ותוס' לפרש ד' הגמ' דב"ק הנ"ל דמיירי במקום רואים ולא נפטר משבועה. אלא צריך להביא עדים ואמאי לא פי' כפשוטו יביא עדים כו' ופטור מן השבועה דא"ל לשבע דנ"ל הכי דא"כ אמאי צריך ב' עדים בע"א סגיא דע"א פוטר מן השבועה ונ"ל דלאו דוקא נקט עדים דהא כל מקום שנא' עד הרי כאן שנים עד שיפרוט לך הכתוב אחד ומש"ה פי' ד' הגמ' הנ"ל דמיירי במקום רואים כאיסי ועי' בשימקו"ב שם וכן ראיתי בפי' ריב"א על התורה שפי' כן דכונת הגמ' ורש"י הוא כמו שדרש איסי וכן פי' הרמב"ן שם בפי' הב' דכונת רש"י והגמ' הוא כאיסי ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק ד' ובס' מנחת הבקר בסוף פי' האומנין פ"ג א' מ"ש בזה יעוש"ה אבל שפיר י"ל דרש"י ס"ל דעד המסייע פוטר ודעת בעל המאור בריש ב"מ והרמב"ן והר"ן והנ"י שם והרשב"א בתשובה אלף קס"א וכן משמע דעת הה"מ בפ"כ מהל' מכירה הל' ד' דעד המסייע פוטר משבועה דרבנן אבל מסד"א אינו פוטר. ולכאורה קשה משבועות מ"א א' דקא' הגמ' מאי איכא בין שד"א לשד"ר כו' ואמאי לא קא' הגמ' דנפ"מ לענין עד המסייע דבשד"ר פוטרו ובשד"א אינו פוטרו וכן הק' בגור ארי' יהודא בשבועות שם והניח בצ"ע אך י"ל כמ"ש בשערי בינה שער י"ז אות ה' דאף הרשב"א מודה דבמודה מקצת עד המסייע פוטר משום דאז נאמן במגו דכ"ה דליכא העזה כיון דמסייע לי' ע"א וכמדומה לי שכן תי' בס' אהל דוד בשבועות שם ואינו כעת ת"י. ועי"ש עוד בשערי בינה מ"ש ליישב קושי' הנ"ל ועי' בס' נחל יצחק בסי' ל"ה ס"ק א' מ"ש ליישב קושי' זו וד' המת"א הלכות עדות סי' ט"ו וקושי' הקצה"ח סי' ל"ב ס"ק י' והאריך בזה. שוב ראיתי בג"ת שם שהק' קושי' הנ"ל ותי' דאכן כי שיילי' מאי בין שד"א לשד"ר. הייתו לומר דהיכא דמחייבין שבועה לנתבע כיון דבין הכי ובין הכי הוא נשבע מאי אכפת לן שתהא שבועתו מה"ת או מדרבנן. ומש"ה אהדר לאשכוחי גוונא דנפ"מ בין כשהשבועה תהי' מדאורייתא לשתהי' מדרבנן. אבל בע"א דבדרבנן פוטרו מהשבועה ואינו נשבע כלל לא מעניני' דההיא סוגיא הוא עכ"ד יעוש"ה. ולא ראו הגור ארי' יהודא והשערי בינה והאהל דוד והנחל יצחק הנ"ל ד' הג"ת אלו. ועי' עוד בחידושי הרי"מ בס"ק הנ"ל ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ס"ג ס"ה ובבית יהודא סי' פ"ז מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ג (ה) **מנה** הי' לאביך בידי כו'. בש"ך בס"ק ט' הביא ד' בעה"ת בשם הרמב"ן דאפי' בנזכר מעצמו לא הוי מודה מקצת אלא כשקדמה תביעה להודאה אבל אם הודאה קדמה פטור כו'. והק' הגאון רע"א בדרוש וחדוש בכתובות י"ח א' אהא דפריך הגמ' שם ורא"י ל"ל משיב אבידה פטור דאף אי נימא דטוען א"כ שיודע שלא החזרת כלום לאבי כו' מ"מ הוי הודאה קודם לתביעה דלא מקרי מודה מקצת עכקוש"י והניח בצ"ע. ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק ה' מה שרצה לייסב דכיון שהודה בב"ד הוי ב"ד עדים אחר התביעה שהודה בפניהם כו'. וא"כ דהא זה מד' הר"ן בשבועות שכ' דהא דקדמה הודאה פטור משום דכיון שילאה הודאה מפיו בפטור שוב לא מחייבינן לי' א"כ והאריך בזה. ונ"ל כמ"ש בהפלאה שם דלפי הס"ד דמיירי בלא תבעו ס"ל דלא בעינן קדמה הודאה לתביעה כו'. ועי' בס' חמדת צבי בכתובות שם מ"ש בזה. עוד כ' הש"ך בס"ק הנ"ל דאף לרב האי גאון אי ליכא למיקם עלה דמלתא אם הוא כמערים פטור מסד"א ולא משמע כן משערי שבועות להרי"ף שער ט"ו וכמ"ש בשערי בינה שם אות ה' יעוש"ה. ובעיקר דינו של המחבר לכאורה קשה דמאי אריא לא תבעו אפי' תבעו ברי לי שהי' מנה לאבי בידך וזה אומר כן הוא שהי' לאביך מנה בידי ופרעתי נ' נמי לפטר אף מהיסת. דהא אין כאן טענת ברי להכחישו דהא אין הבן יודע שמא פרע נ' לאביו וליכא כאן טענת ברי. ונ"ל דס"ל להמחבר כדעת רבינו ברוך שהביא המרדכי בפ' שבועות הדיינים סי' תשע"ב דמשביעין בכל דבר העשוי להסתפק והביא ראי' מפלוגתא דרא"י ורבנן. ואע"ג דלקמן סעי' י"ז מבואר דאין נשבעין על טענת ספק נ"ל דהתם שאני דהתובע ה"ל לידע ולא ידע לטעון ברי לא חשוב טענה להשביע עליו אבל יורש דלא ה"ל לידע אם פרע לאביו יכול להשביעו היסת כיון שטוען ברי שהלוה לו רק שספק לו בפרעון בזה יכול להשביעו היסת וכן תי' חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסעמייטין :

סעיף ד (ו) **וישבע** מה"ת על השאר כו' עי' ברמב"ם בפ"ד מהל' טוען הל' י' שהביא דין זה דר"ח קמייתא דהעדאת עדים מחייבו שבועה משם הגאונים ותמה הלח"מ שם דלמה תלה זה בפסק הגאונים והרי כיון דקי"ל דטענו חיטים והודה לו בשעורים פטור כו' וע"כ דהלכה כר"ח כו' ועי' בנו"ב מהדו"ת חחו"מ סי' י"ז מה שתמה על הלח"מ מד' התוס' בשבועות מ"ו א' בטוענו כו' והאריך בזה ועי' בדברי משפט בסי' פ"ז ס"ק ב' ובבית יהודא בסי' פ"ח ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ס"ה ובמעיני החכמה בב"מ ד' ב' ד"ה טעמא כו' ובס' עזרת יהודא בסי' פ"ח מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ולענין אי אמרינן משואיל"מ בהעדאת עדים אי טוען על השאר א"י עי' בבשמים ראש בס' י"ז שכ' כיון דאתיא מכח גלגול שבועה ס"ל להרבה פוס' דל"א בי' משואיל"מ והובא דבריו בגליון ש"ע מהגאון רע"א. וכ"כ בדברי-משפט לעיל בסי' ל' ס"ק ב' דבהעדאת עדים ל"א משואיל"מ אך לא הביא ד' הבשמים ראש הנ"ל ועי' בסי' ל' שם בס"ק ו' מ"ש להשיג על הד"מ יעוש"ה. והעיקר לדינא דבהעדאת עדים אמרינן משואיל"מ ועי' בס' ארץ צבי חחו"מ סי' ה' מ"ש בזה. ולענין אי בעינן בהעדאת עדים כפירת שתי כסף הנה בשערי רב אלפס שער ו' כ' וז"ל והשבועה המחויבת לנתבע עפ"י שנים עדים או עפ"י ע"א אין בזו שיעור כפירת שתי כסף שאפי' לא תבע כל התביעה אלא פרוטה ובא ע"א והעיד עלי' נתחייב הנתבע שבועת התורה וכדגרסינן כו' עכ"ל. ומשמע מדבריו דס"ל דבהעדאת עדים לא בעינן כפירת שתי כסף. אך ראיתי בשערי בינה שם אות כ"ב שהק' עליו דרבינו פתח בתרתי ב' עדים וסיים בחדא ע"א. וגם עיקר הדין ליתא דשבועה דב' עדים כו' שוה להודאת פיו לגמרי כו' : וכ' דט"ס יש כאן ונ"ל והתשלומים והשבועה כו'. ור"ל תשלומין עפ"י ב' עדים ושבועה עפ"י ע"א עכ"ד. וכן ראיתי בשעהמ"ש בסי' פ"ח ס"ק א' שהביא ד' השערי רב אלפס הנ"ל והשיג עליו וכ' דיש ט"ס בדבריו ופי' להלכה דבעינן כפירת שתי כסף כיון דילפינן מהודאת פיו בעינן דומיא דהודאת פיו. אע"ג דבפ"ק דמליעא מסיק דילפינן מהודאת פיו וע"א כו' מ"מ לפי גירסת הני"י כו' ילפינן מגלגול שבועה דע"א. ועוד אף לפי גירסת הספרים כו' מ"מ עיקר ילפותא הוא מהודאת פיו כו' עכ"ד. והיינו כהשערי בינה הנ"ל וכן עיקר לדינא דבהעדאת עדים בעינן כפירת שתי כסף. וכן כ' לענין אי טענו קטן ל"א דחייב שבועה משום העדאת עדים אף דלדעת הרמ"א לקמן בסי' צ"ו סעי' א' נשבעין שבועת ע"א על טענת קטן מ"מ כיון דעיקר ילפותא הוא מהודאת פיו דינו כהודאת פיו דאין נשבעין על טענת קטן וכמ"ש השעהמ"ש הנ"ל לענין כפירת שתי כסף וכן עיקר לדינא. ועי' בט"ז לעיל בסי' ל' ס"ק ה' שכ' דעדות מיוחדת לא מחייבו שבועה ועי"ש בס"ק ו' ובסי' כ"ח ס"ק י"ג מה שכתבתי על הט"ז בזה יעוש"ה. ועי' בתומים בס"ק א' מה שהק' לדעת הרא"ש הא דדרשינן בפ' כל הנשבעין שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים כו' דלא דנינן בהו משואיל"מ דבממ"נ אי אית להו קרקע מאביהם א"כ ליכא כאן ס"ד דהא ה"ל שעבוד קרקעות ואי לית להו הא ה"ל מטלטלי דיתמי עכקוש"י. ודחק לייסב דמיירי בשעבוד מטלטלי אגב קרקע וכבר קדמו בקושי' זו בחידושי הרשב"א בשבועות מ"ז ב' ובחידושי הר"ן שם ועי' לעיל בסי' ל"ט

ל"ט ס"ק ב' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה . ועי' עוד בתומים מה שהביא ראי' להסמ"ע בסי' פ"ז ס"ק י"ז מד' הרמב"ם בפ"ז מהל' טוען כו' והאריך בזה ועי' בדברי משפט בס"ק ב' שהשיג על התומים ועי' בשערי בינה שער כ' דין ל' אות ג' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף ה (ז) **בהג"ה** ודוקא שהכירו הב"ד כו' אבל אם נתחייב כו' . בש"ך בס"ק י"ט השיג על הסמ"ע בסי' פ"ז ס"ק ט"ז וכ' דאם נתחייב עפ"י ב"ד חייב שבועת התורה דבכל דוכתי חשיב ב"ד עפי מעדים כו' . ונהי דהרמב"ם פליג על הגאונים היינו משום דאין הב"ד יודעים בבירור שחייב לו כו' והכי משמע נמי מדאמרינן בפ"ק דמציעא והא הכא כיון דהפים אנן סהדי כו' ואע"ג דמודינא דהיכא דלא נתחייב אלא מתוך שא"כ לא מקרי מודה מקצת כו' . וכן אם טענו ק' וא"ל על נ' אל תפרעני אלא בעדים וא"ל פרעתיך וכן אם טענו ק' וא"ל נ' להד"ם ונ' א"י אם הלויתני ויש לו ע"א שהלוה לו נ' וכן בטוען על כל הק' להד"ם והביא ע"א שלוה נ' ואמר לויתי ופרעתי דחייב נ' מכח משואיל"מ ואינו חייב ש"ד על השאר כו' . וליכא לאקשויי דהא אנן סהדי היינו משום דאין הב"ד יודעים בבירור שחייב לו כו' אבל אי תימא דלפי' הב"ד יודעים בבירור שחייב לו נ' כגון שטעה שלוה בדין אינו חייב שבועת התורה א"כ איך מדמה אנן סהדי דב"ד להעדאת עדים כו' וזה אומר נ' פרעתיך וכ' נתתי עבורך רבית כו' חייב שבועת התורה כו' עכ"ד . ועי' בסמ"ע לקמן בסי' פ"ז ס"ק כ' שהביא ד' הר"ן בפ' שבועות הדיינים דאם תבעו נ' דהלואה וכ' דחבלה אם נשבע כבר על חבלתו והנתבע כופר בכל מקרי מודה מקצת דאנן סהדי דחייב לו נ' כיון שנתבע והוי כתבעו מנה וכפר בכל ועדים מעידים שיש לו נ' עכ"ד . וכן הביא בש"ך שם בס"ק י"ג ד' הר"ן אלו וכ' דמ"ש הר"ן ונתבע כופר בכל היינו שכופר שלא חבלו אבל מ"מ מודה שנשבע או מיירי שכפר בכל ובאו עדים שנשבע זה על חבלתו . עוד הביא הש"ך שם ד' הר"ן בשם הרמב"ן דאם אומר נ' לית לך גבאי ונ' א"י אם פרעתיך מודה מקצת הוא שאע"פ שלא הודה כלום בבירור מ"מ מתוך תשובתו חייב במקצת עכ"ד . ועי' בט"ז שם בס"ק א' שכ' דהר"ן חולק על הרשב"א שהביא המחבר סעי' ה' דלהר"ן הוי מודה מקצת בהא דהרשב"א מק"ו . דהא בדין הר"ן הוי עיקר הודאה במקצת מחמת תקנת חכמים בנחבל שיהא נשבע ונוטל ואפ"ה מקרי הודאה במקצת ק"ו בדין הרשב"א דחייב במקצת מן התורה דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וחייב לו מה"ת אלא ע"כ דפליגי וכיון שפסק בסעי' ה' כהרשב"א לא קי"ל כהך דהר"ן ומש"ה לא הביא רמ"א בש"ע עכ"ד . ולפ"ד הש"ך הנ"ל ניחא דהש"ך הכריע מחמת קושי' הט"ז דדינא דהר"ן לא שייך אלא כשנשבע כבר בב"ד אחר על חבלתו ונתחייב לשלם ע"פ פס"ד לכך כשכופר בב"ד אחר אח"כ הכל ונתברר עפ"י עדים שכבר נתחייב ע"פ ב"ד לשלם נ' בזה מסתבר דחייב ש"ד דזה מחשב העדאת עדים כיון דכבר נתחייב לשלם ממון גמור בב"ד וכן נשמע מלשון הסמ"ע דמיירי שנשבע כבר בב"ד אחר והוא מה"ט כדי ליישב הט"ז הנ"ל שיהא דין זה של הר"ן אליבא דכ"ע אף להרשב"א והרמב"ם דפ"ד דגזילה הנ"ל . אבל מד' הר"ן עצמו בפ' שבועות הדיינים שם מוכח דאף שנשבע אח"כ על חבלתו הוי כבאו עדים אח"כ וחייב ש"ד מדר"ח קמייתא יעוש"ה . והיינו משום דהר"ן גופי' ס"ל כדעת הגאונים שברמב"ם. אבל הש"ך הכריע דין זה של הר"ן אף לדידן וכן ראיתי בסעהמ"ש בסי' פ"ז ס"ק א' שתי' כן קושי' הט"ז הנ"ל וכ' דזה דומה קצת למודה בקנס דפטור והיכא שהודה שנתחייב בב"ד מחשב ממון גמור עכ"ד :

וב"ב הקצה"ח בס"ק א' דהר"ן ס"ל כדעת הגאונים וראיתי בקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ז' שהשיג על הש"ך מד' הר"ן הנ"ל ולפ"ד הסעהמ"ש הנ"ל ניחא דהש"ך הכריע כן אף לדידן. אך הק' הסעהמ"ש שם על הש"ך שכ' דמיירי שכופר שלא חבלו ומודה שנשבע כבר דאמאי לא מהימן במגו דאי בעי הי' כופר גם השבועה כו' . וכן ראיתי בנתיבות בסי' פ"ז ס"ק ג' שהק' כן ותי' דמ"מ כיון שמודה שנשבע ונתחייב לשלם הרי הודה במקצת תשלומין ולא הוי העזה כל כך כמו אם הי' כופר ואומר שלא נתחייב אף אותו המקצת והוי מגו דהעזה עכ"ד . ובאמת דבריו תמוהים דהא הוא אף גם עכשיו כופר הכל ואומר שלא חבל ואינו חייב רק שהב"ד מחייבים אותו אבל הוא מעיז וכופר הכל וא"כ הדרא קושי' לדוכתא יהא נאמן במגו שלא נשבע . וכן ראיתי בבית יהודא שם שהשיג כן על הנתיבות ועוד השיג עליו והאריך בזה ול"ל כמו שתי' הסעהמ"ש דמיירי שיש עדים על השבועה והוא אינו כופר רק גוף החבלה וקמ"ל דאף בכה"ג מחשב העדאת עדים עכ"ד . ועי' בקצה"ח בס"ק ב' שהשיג על הש"ך דסי' פ"ז שכ' על ד' הרשב"א והיינו כגון דא"ל על נ' אל תפרעני אלא בעדים ותבעו ק' כו' ואם אמר על נ' א"י אם פרעתיך מודה מקצת הוא כו' וכן אם תבעו נ' דהלואה וכ' דחבלה . ומשמע דס"ל כד' הרשב"א וכד' הר"ן והן תרתי דסתרי ומפ"ז כ' דד' הסמ"ע יותר מדוקדק שלא הביא רק ד' הר"ן בנ' דחבלה והשמיט ד' הר"ן בא"י א"פ כו' וגבי חבלה כשנשבע כיון דחכמים האמינו בשבועה הרי הוא כמו עדים ממש כו' ובנ' א"י א"פ לא הוי מחויב שבועה כו' והיכא דטעה בדין כו' וכגווני שכ' הש"ך נמי פטור כו' לבד בנ' דחבלה עכ"ד . הנה מ"ש דד' הרשב"א והר"ן סתרי אהדדי לפ"ד הש"ך ניחא וכמ"ש הסעהמ"ש הנ"ל דהש"ך הכריע כן שיהא דין זה של הר"ן אליבא דכ"ע אף להרשב"א . ומ"ש הקצה"ח דבנ' א"י א"פ אינו חייב שבועה היינו לפי שיטתו בס"ק א' ועי' בנתיבות ס"ק ד' שהשיג עליו ועי' בנתיבות בחידושיו בס"ק י"ד שפ' דבנ' א"י א"פ חייב ש"ד על השאר דלא כהקצה"ח אלא כהש"ך הנ"ל . וכן פ' הסעהמ"ש בס"ק ז' דבנ' א"י א"פ חייב ש"ד והאריך בזה . ועי' בס' יד החזקה בסי' כ"ב מ"ש לחלק בין אם א"ל על נ' אל תפרעני אלא בעדים דלא הוי מודה מקצת ובין אם א"ל על נ' א"י א"פ דהוי מודה מקצת והאריך בזה יעוש"ה . וכן עיקר לדינא דבנ' א"י א"פ חייב ש"ד דלא כהקצה"ח הנ"ל ועי' בביאורי הגר"א בסי' פ"ז ס"ק כ"א ובבית יהודא שם ובס' נחל יצחק שם ס"ק ה' ובס' ע"ב ס"ק ט"ו ובס' משנת דר"א בסי' ע"ב מ"ש בזה :

ובענין אם אמר נ' פרעתיך וכ' נתתי עבורך רבית שהשיג הש"ך על הסמ"ע וס"ל דהוי מודה מקצת עי' בתומים בס"ק ד' שהשיג על הש"ך מד' הג"י בריש מציעא כו' ופ' דבטוען נתתי עבורך רבית לא הוי מודה מקצת וכדעת הסמ"ע וכ"פ באורים בס"ק י"ז דלא הוי מודה מקצת וכ"כ בקצה"ח בס"ק ב' דלא הוי מודה מקצת והאריך בזה . אך הנתיבות בס"ק הנ"ל השיג על התומים דלא קי"ל כהג"י וגם השיג על הקצה"ח והאריך בזה וכן השיג בבית יהודא על הקצה"ח ועי' במשובב נתיבות מה שהשיג על הנתיבות ועי' בדברי משפט בסי' פ"ז בס"ק ג' מ"ש ליישב קושי' הש"ך על הסמ"ע עפ"ד הר"ן והרמב"ן והרשב"א במה שפי' גבי אבל העדאת עדים כו' והיינו כהתומים הנ"ל . ועי"ש עוד מה שהק' על הש"ך ועי' בנו"ב מהדו"ת חחו"מ סי' ל"ה מ"ש בזה ועי' בס' מעין גנים בסי' פ"ז ובסי' ל"ב מ"ש על ד' התומים הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה . וא"כ לענין דינא כ' דדין זה אם טוען נתתי עבורך רבית או נעשית לי ערב כו' הוי ספיקא דדינא אי הוי מודה מקצת או לאו ופטור מן השבועה וכמ"ש הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י' לענין ס' בשבועה ועי' בס' חמדת צבי בב"מ ד' א' ד"ה אלא כו' מ"ש בזה :

סעיף ז (ח) **יש** לי בידך כנגדו כו' . בסמ"ע בס"ק י"ז ובש"ך בס"ק כ"א כ' דאם טוען שיש בידו כסות וכלים בפקדון א"י לשבע נגדו אלא א"כ כפר בו התובע אם טוען נאנסו הרי התובע פטור בש"ד והנתבע א"י לשבע שיש בידו כנגדו עכ"ד . עי' לעיל בסי' ע"ב ס"ק ט"ו מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה

יעוש"ה . ועי' בחמדת שלמה בב"מ ו' א' ד"ה ולא אמרינן כו' מ"ש והאריך בזה :

(ט) **ונשבע** היסת . עי' בסמ"ע בס"ק י"ח שהביא ד' המחבר בסי' פ"ז סעי' ל' דאם תפס התובע אחר שנשבע שלא בעדים יכול לומר דלשקר נשבע במגו דלא תפסתי ועי' בשערי בינה שער א' אות ב' מה שהק' על דין זה מד' הש"ך בסי' ל' ס"ק כ"ב ומ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ח (י) **אף** ע"א מעיד שגזלו כו' . בתומים בס"ק ה' כ' לפ"ד הריב"ש בסי' ל"ד דאם בע"ד אומר שגזלו וע"א מצטרפין לפסלו דפלגינן דבורו א"כ נ"ל דלא תקשי הא ה"ל פסול לשבועה דמיירי דתובע עפ"י עד והוא א"י אבל לשיטת רמ"א א"ש עפי דאינו נפסל עפ"י ע"א והוא לא מצטרף עכ"ד . ולא ידענא מאי קאמר דודאי גם הריב"ש מודה כאן שבא לתובעו שאינו מצטרף עם הע"א וא"כ נהעיד לעצמו לעשותו חשוד שיצטרף לפסלו וכה"ג פריך הגמ' בסנהדרין כ"ג ב' דמוקי רבא הוא ואחר לפוסלן כל כמיני' נוגע בעדות הוא רק הריב"ש שם מיירי שאינו תובע עכשיו יעוש"ה וכן השיג עליו אותי הגאון מ' יצחק צבי ז"ל :

סעיף ט (יא) **ואם** בא לגי"ש כו' . עי' בחידושי הרי"מ בס"ק י"א מ"ש על הרמב"ם שלא הביא הך דינא והאריך בזה ועי' בס' בגדי ישע בסי' מ"ו מ"ש בד' הגמ' דב"ב מ"א והאריך בזה ועי' בס' פרת יוסף סי' ס"א מ"ש בזה יעוש"ה :

(יב) **ישלם** . עי' בש"ך בס"ק כ"ו שהביא ד' הריב"ש בשם הרמב"ן שאם תפס מפקינן מיני' ועי' לעיל בסי' כ"א ס"ק ו' ובסי' כ"ט ס"ק א' מ"ש והארכתי בזה . ועי' עוד לעיל בסי' י"ז ס"ק ד' מ"ש לענין היכא דלא ה"ל למידע דפטור אף לגי"ש וכן ראיתי כעת בשמן רקח ח"א ביו"ד סי' מ"ה בהג"ה שכ' נמי כן דבלא ה"ל למידע פטור אף לגי"ש וכן כ' בשערי תורה ח"א כלל ט' פרט ב' והביא ד' השמן רקח אלו . אך ראיתי שם בכלל י"ג פרט ד' שהביא ד' השמן רקח הנ"ל והשיג עליו וכ' דאף היכא דלא ה"ל למידע חייב לגי"ש והאריך בזה יעוש"ה :

(יג) **ואא"י** אם החזרתי כו' חייב לשלם . בש"ך בס"ק כ"ז כ' דאפי' ש' פרעון קודם הלואה כגון שיש' לו פקדון בידו כו' והלוה אומר א"י כמה כו' אפי"ה חייב הלוה לשלם דהוי תחוב ברי והפטור ש' ובכה"ג ברי ושמא ברי עדיף עכ"ד . ובתומים בס"ק ו' הביא ראי' מב"מ ו' א' דקאמר אביי ש' מלוה ישנה יש לו עליו ולא פרשי אינשי מש' ממון ופרשי אנשי מש' שבועה וקשה א"כ שהאמת כדבריו דיש לו על השני ש' מלוה א"כ מותר לו לתפוס ולהחזיק של חבירו בידו דה"ל א"י אם אני חייב לך ולמה ישבע הלא שורת הדין דיש לו לתפוס . ואם כי שקר הוא דאין לו עליו שום ש' מלוה ישנה עדיין קשה א"כ נימא מגו דתפיד כו' ועכצ"ל כמ"ש הש"ך דא"י להחזיק של חבירו מחמת ש' מלוה ישנה ולכך רמו שבועה כי היכא דנפרש עכ"ד . ודבריו תמוהים דהא כ' התוס' בכתובות י"ב ב' ד"ה רב הונא דאביי אית לי' דא"י א"כ חייב וכדמשמע בב"ק ל"ה ועי' בתוס' שם ד"ה אביי אמר יעוש"ה . וא"כ שפיר אמר אביי הך דש' מלוה ישנה דאף דנימא דדינו כמו א"י א"כ מ"מ הא אביי ס"ל דא"י א"כ חייב ושפיר אמר דחיישינן לש' מלוה ישנה ואין ראי' מהתם . וכן ראיתי בשערי בינה שער י"ב אות י"ב שהשיג כן על הש"ך . ונ"ל דראי' התומים הוא מפסק הלכה דקי"ל כאביי לקמן בסי' ל"ב ובא"י א"כ קי"ל דפטור . וקשה דאמאי חייב היסת משום ש' מלוה ישנה והא באמת פטור בזה ונ"ל כהש"ך דש' פרעון קודם הלואה הוי א"י א"פ וכ"כ בס' מעין גנים דזהו כונת התומים ומיישב בזה קושי' התוס' ב"מ ג' ב' ד"ה ובכולי' כו' מה שהק' על רש"י והאריך בזה . וכ"כ בס' נחל יצחק בס"ק ד' דזהו כונת התומים ועי' בשערי תורה ח"א כלל ט"ו פרט ג' מ"ש ליישב ד' התומים הנ"ל ומ"ש בד' הש"ך הנ"ל והאריך

בזה . ועי' עוד בשערי בינה שם ובס' טור האבן בסי' י"ד ובסי' כ' ובבית שמואל אחרון חו"מ סי' כ"א וסי' כ"ז ובמעייני החכמה בב"מ במס"ב ד' ב' ד"ה לעולם כו' ובמ"ב ב' ד"ה הלכך כו' ובס' מנחת הבקר בב"מ ו' א' ובס' יד המאיר שם ז' א' ד"ה והשאר כו' ובנחל יצחק בס"ק א' ובהגהות חכמת שלמה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה . ועי' בקצה"ח בס"ק ה' שכ' דאפי' המלוה ג"כ מסופק חייב הלוה דהוי טענת יש לי בידך כנגדו דזה גובה וז"ג וא"כ אלא במגו דפרעתי כו' הוי א"י א"כ וא"כ המלוה פטור . אבל הלוה דהוי א"י א"פ כיון דהמלוה טוען ברי שלא נפרע חייב לשלם עכ"ד ובנתיבות בס"ק ה' השיג עליו דכיון דהלוה טוען יש לי בידך עושה זאת לפרעון ואינו בכלל ז"ג וז"ג עכ"ד . ובאמת הנתיבות סותר ד"ע דלעיל בסי' כ"ט ס"ק א' כ' הנתיבות כהקצה"ח דכיון דז"ג וז"ג ע"כ בתר הכי הוי המלוה כאומר א"י א"כ דפטור ועי"ש בס"ק א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה . ועי' במשובב נתיבות כאן ובס' נחל יצחק בס"ק ו' ובסי' כ"ט ס"ק א' מ"ש בזה ועי' בברית אברהם חו"מ סי' ז' מה שהביא קושי' המגי"ה בתומים דפוס דובנא על הש"ך הנ"ל דהאיך מסכחת לה הא דקי"ל לקמן סעי' כ"ג דטענו בש' עפ"י העד חייב ש"ד דישלם לו ויחזור ויתבענו כו' והאריך בזה ליישב . ועי' לעיל בסי' ע"ב ס"ק י"ח מה שכתבתי ליישב קושי' זו יעוש"ה . ועי' בס' שאילות שמואל חיו"ד סי' כ"ג מ"ש בד' הש"ך והתומים ובקושי' המגי"ה הנ"ל והאריך בזה . והנה מד' הש"ך הנ"ל משמע דעיקר הטעם דא"י א"פ חייב משום דאין ש' מוציא מידי ודאי ובט"ז בסוף סי' זה לענין מטבע מזויפת ס"ל הטעם דא"י א"פ חייב משום דהוי חזקת חיוב וברי משום הכי חייב וכ"כ הרשב"א בגיטין ע"ח ב' ד"ה רבה כו' דהוי חזקה חיוב יעוש"ה . ולענין א"י א"פ היכא דלא ה"ל להלוה למידע הנה המשל"מ בפי"א מהל' מכירה הל' ט"ז כ' דהיכא דלא ה"ל למידע אף א"י א"פ פטור ומכח זה השיג שם על הלחם רב סי' קע"ו וכ"כ המשל"מ בפ"ד מהל' שאלה ופקדון הל' א' דהיכא דלא ה"ל למידע פטור בא"י א"פ והשיג שם על מהרש"ך מכח זה . ועי' עוד במשל"מ בפ"א מהל' טוען הל' ט' מ"ש בזה :

וכ"כ הרדב"ז בתשובות סי' ס"ט דבלא ה"ל למידע פטור אף בא"י א"פ . אך ראיתי בתומים בס"ק כ"ב שהאריך בענין זה והביא דעת כמה פוס' דס"ל כהמשל"מ והרדב"ז הנ"ל . חדא דכן מוכח דעת התוס' בכמה דוכתי שכ' דהא דס"ל לר"ה ור"י דברי ושמא ברי עדיף ה"מ היכא דה"ל למידע אבל בלתי זה פטור א"כ ה"ה לדידן בא"י א"פ . דאל"כ הא דפרכינן לר"ה ממשנה דקתני א"י אם גזלתיך כו' דהא סיפא דקתני א"י אם החזרתיך חייב איירי בדתבעו רישא נמי בכה"ג והוצרך לדחוק לגי"ש . למה לא מוקי המשנה במקום דלא ה"ל למידע שגזלו ובאונס כו' א"ו דבכה"ג אף בפרעון פטור עכ"ד . אין זה ראי' להתוס' כ' שפיר דלר"ה ור"י הטעם משום דברי ושמא ברי עדיף והיכא דלא ה"ל למידע הוי ברי גרוע ושמא טוב . אבל בא"י א"פ דלטעם הש"ך הנ"ל משום דאין ש' מוציא מידי ודאי א"כ מה בכך דלא ה"ל למידע מ"מ הוא ש' ואין ש' מוציא מידי ודאי . וכן לטעם הט"ז והרשב"א הנ"ל משום דהוי חזקת חיוב עם ברי א"כ מה בכך דלא ה"ל למידע מ"מ הוא מסופק בפרעון ואוקמינן אחזקת חיוב דמעיקרא דכי עדיף טענת שמא היכא דלא ה"ל למידע מטענת ברי דהא אפי' נגד טענת ברי חזקה קמייתא עדיפא מכ"ש נגד טענת שמא היכא דלא ה"ל למידע דאמרינן אוקמא אחזקת חיוב דמעיקרא וחייב לשלם . ומ"ש התומים להוכיח דאמאי לא אוקי המשנה במקום דלא ה"ל למידע שגזלו באונס כו' אינו הוכחה די"ל דמתניתין סתמא קתני א"י אם החזרתיך וא"י אם גזלתיך ומיירי בכל גוונא אף בה"ל למידע גם הלשון דא"י אם גזלתיך והחזרתיך משמע יותר בה"ל למידע . וכן ראיתי בבית יהודא שדחה כן ד' התומים ועי' בשערי בינה שער י"ב אות י"ד שדחה ד' התומים הנ"ל עפ"ד התומים גופי' בס"ק י"ט בדעת הרשב"א יעוש"ה . ומ"ש עוד התומים ראי'

דלדעת התוס' בריש פ' הפרה דהיכא דלא ה"ל למידע ל"א מבואל"מ כו' יורש שאמר א"י אם פרעך אבי למה יפטור כו'. ועכצ"ל דבזה ג"כ הטעם כיון דלא ה"ל למידע אף א"י א"פ פטור עכ"ד. וכ"כ הקצה"ח בס"ק ט"ז בשם מהר"ן חיים להוכיח זה דבלא ה"ל למידע פטור א"י א"פ ועי' בשערי בינה שם ובבית יהודא שם מה שדחו ראי' זו. ובלא"ה אין זו ראי' לפ"ד הט"ז והרשב"א הנ"ל דהוי חזקת חיוב א"כ גבי יורשים היכא דנולד הס' שמא פרע מורישן א"כ ע"כ לא הי' מעולם שום חזקת חיוב על היורשים והוי היורשים כמו א"י א"נ ופטורים. וכן ראיתי בבית מאיר באה"ע סי' קע"ח ס"ק ט"ו שכ' דגבי יורשים הוי א"י א"נ ודחה מפני זה ראי' התומים הנ"ל ודחה נמי ראי' התומים מד' התוס' הנ"ל שכ' לר"ה ור"י כו' כמ"ש יעוש"ה. ושוב ראיתי בס' היד החזקה בסי' כ"א שכ' דגבי היורש הס' פרעון של אביו הוי לגבי ס' חיוב כו' וכ' דמשום זה אין ראי' מד' התוס' דפ' הפרה הנ"ל ולא ראה ד' הבית מאיר כנ"ל שכבר הקדימו בזה. וכן כ' בהגהות אמרי ברוך על הש"ך ס"ק כ"ד דלגבי יורש הוי ס' חיוב ועי' בס' נחל יצחק בס"ק א' ובסי' ס"ט ס"ק א' שכ' נמי כן דלגבי יורשים הוי א"י א"נ וכ' זה עפ"ד הקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק ה' והביא בשם ד' הבית מאיר הנ"ל והאריך בזה. ועי' בס' תשואת חן בסוף הס' בחידושיו לב"מ בסוגיא דמלא שק"ח א' כ"ב מ"ש והאריך בזה. ועי' בדברי חיים בדיני טוען ונטען סי' ד' מ"ש על ד' הבית מאיר הנ"ל והאריך בזה. עוד הביא התומים ראי' מד' התוס' בשבועות מ"ה ב' ד"ה וניתב כו' ועי' בשערי בינה שם ובבית יהודא מ"ש שניהם כאחד לדחות ראי' התומים ועי' בהיד החזקה שם שכ' ראי' מד' התוס' הנ"ל דבלא ה"ל למידע חייב בא"י א"פ כו' יעוש"ה. והיינו היפוך מד' התומים הנ"ל. עוד הביא התומים ראי' מד' התוס' בכתובות ע' ב' ד"ה אי כו' שהק' דלר"י לא ניתב לה מידי דנטעון אולי תחתיו זינתה ברצון והפסידה כתובתה כו'. ולכאורה אין כאן קושי' דהא ס"ל להתוס' דארוסה אית לה כתובה א"כ תיכף משעת אירוסין והוא יטעון דלמא זינתה אח"כ והיא טוענת ברי לא זניתי א"כ ה"ל א"י א"פ וחייב. משא"כ בטוען דרוסת איש קודם לאירוסין ה"ל ס' אם נתחייב לך ולכ"ע פטור כו'. ועכצ"ל דגם בפרעון אי לא ה"ל למידע פטור וקושי' התוס' שפיר. ויטעון בס' אולי זינתה תחתיו ולא ה"ל למידע עכ"ד. ובאמת התומים עצמו דחה ראי' זו אח"כ כיון דאינו ראוי שתגבה הכתובה עד שתתאלמן או תתגרש אין החיוב ברור שתאמר אין ס' מוציא מידי ודאי וכ"כ בשערי בינה שם לדחות ראי' זו כהתומים והאריך בזה. ועוד יש לדחות ראי' זו כמ"ש בהפלאה שם די"ל כיון דאמרינן לקמן מ"ג דבשעת נישואין אמולי אתלי' לשעבודא קמא ה"ל כא"י א"כ בשעת נישואין כו' ושפיר קושי' התוס' לר"י כיון דל"ל חזקת הגוף נגד חזקת ממון י"ל שזינתה ברצון ותפסיד הכל עכ"ד:

וכן ראיתי בבית מאיר שם שדחה כן ראי' התומים הנ"ל ועי' בס' נחל יצחק בס"ק א' שהביא ד' הבית מאיר והשיג עליו ואח"כ דחה ראי' התומים הנ"ל והאריך בזה. שוב ראיתי בהיד החזקה שם שכ' מתחלה לדחות ראי' זו כהפלאה הנ"ל ואח"כ דחה סברא זו דאולי לא מחל רק השעבוד של קמא אבל גוף השעבוד של מנה ומאתים במקומה עומדת ואח"כ כ' לדחות ראי' זו כהתומים והשערי בינה הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בנתיבות בס"ק ה' מה שדחה ראי' זו ועי' במהר"ם שי"ף בכתובות שם ובמהרי"ט בחידושיו לכתובות שם מ"ש בזה. עוד כ' התומים להוכיח מד' התוס' בסוטה כ"ה ב' ד"ה ב"ה כו' דבלא ה"ל למידע אף בא"י א"פ פטור ועי' בבית מאיר שם מ"ש לדחות ראי' זו משום דביורשים חשיב א"י אם נתחייבנו ועי' בשערי בינה ובנחל יצחק מ"ש בזה לדחות ראי' זו. אך מה שהביא התומים ראי' מבעה"ת שער ל"ח דין ד' שכ' יורש שאמר א"י אם פרע אביו פטור ואע"ג דלוה שאמר א"י א"פ חייב ה"מ בלוה גופי' דה"ל למידע ומדלא ידע אם פרע אם לאו איהו דאפסיד אנפשי' אבל יורש לא פשע בדבר כשא"י בפרעון עכ"ל. הרי הדבר מבואר דאף בזה בעינן ה"ל למידע עכ"ד. בזה דבריו נכונים ואף שבשערי בינה שם דחק לדחות ראי' זו וכ' דכונת הבעה"ת הוא משום דטענינן ליורש כו' יעוש"ה. אבל פשט ד' הבעה"ת משמע כהתומים וא"כ מוכח מהבעה"ת דס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע פטור אף בא"י א"פ וכהמשל"מ הנ"ל ועי' בבית מאיר שם שהביא ד' הבעה"ת אלו והאריך בזה. אך הביא התומים דעת הפוס' דס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע. חדא דכן מוכח דעת הנ"י בר"פ הגוזל בתרא דכ' גבי שואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה בדרך ולא נודע אם מתה מחמת מלאכה וכ' כיון דאין חיוב עליו עד שעת אונסין ה"ל כא"י א"נ. וקשה דאפי' חייב משעת משיכה וה"ל כא"י א"פ מ"מ הא לא ה"ל למידע כו' ועכצ"ל דמ"מ חייב בא"י א"פ עכ"ד. ובאמת משמע כן מד' הנ"י בשם הרא"ה שם כהתומים ובנתיבות השיג על התומים וכ' דהא המרדכי ס"ל דבא"י א"פ חייב אפי' בשנה ושמא וכמ"ש המשל"מ כו' ומש"ה אין לו לחלק בכך בין ה"ל למידע או לא. דלהטעם ברי ושמא ברי עדיף בעינן ברי טוב ושמא גרוע מש"ה פטור בלא ה"ל למידע דה"ל שמא טוב וברי גרוע. וא"ל מחנווני ופועלים כו' הא לא ה"ל למידע דהתם בעה"ב פשע דלא ה"ל למסור להחנווני הפרעון כו' עכ"ד. הנה מ"ש המרדכי ט"ס הוא וצ"ל הנ"י ומה שהביא בשם המשל"מ הנה המשל"מ בפ"ד מהל' שאלה ופקדון לא כ' לא על המרדכי ולא על הנ"י רק שכ' דהרשב"א בחידושיו בגיטין ע"ח ב' ס"ל כן יעוש"ה. אך הקצה"ח בסי' ש"מ ס"ק ג' כ' דהנ"י ס"ל כהרשב"א הנ"ל. אך בכתונת פסים בר"פ הגוזל בתרא השיג על הקצה"ח והוכיח מהנ"י גופי' דלא ס"ל כהרשב"א והאריך בזה. ושוב ראיתי בהיד החזקה שם שהשיג נמי על הקצה"ח בדעת הנ"י הנ"ל ובמרדכי בגיטין ע"ח ב' מבואר להדיא להיפוך מד' הרשב"א וא"כ שפיר ד' התומים דמוכח מהנ"י הנ"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע וכ"כ בשערי בינה שם ובהיד החזקה שם בדעת הנ"י כהתומים הנ"ל:

עוד הביא התומים ראי' מד' המחבר לעיל בסי' ע"ב סעי' י"ד ומד' הרא"ש בריש כתובות גבי מה שהשיג על רבינו יונה כו' דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע וכן בשערי בינה שם ובהיד החזקה שם ובנחל יצחק בס"ק א' הביאו ראי' זו מד' המחבר לעיל בסי' ע"ב סעי' י"ד יעוש"ה. וכבר קדמו התומים הנ"ל בראי' זו. עוד הביא התומים ראי' מד' הרמב"ן בבעה"ת שער ל"ט א"ב ד"ב דכ' על מימרא דר"ה ור"י כו' אל תטעה במה שאמרו מקצת מחברים דלא אתמר הכא אלא במנה לי בידך דה"ל למידע דהא טעותו הוא דטעמא משום ברי ושמא ברי עדיף ולא משום פשיעותא כלל עכ"ל א"כ ה"ה בא"י א"פ דלא תליא כלל משום פשיעותא עכ"ד. ועי' בבית יהודא שהשיג עליו וכ' דהרמב"ן ס"ל כהבעה"ת הנ"ל דא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע אך עי' בהיד החזקה שם שהוכיח מד' הרמב"ן שהביא השימקו"ב בב"מ ל"ז ב' בסוגיא דשתי פרות דס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע א"כ מוכח כהתומים בדעת הרמב"ן הנ"ל. דלהבית יהודא יהי' ד' הרמב"ן סותרים זא"ז א"ו דדעת הרמב"ן דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע וכהתומים הנ"ל וכ"כ בשערי בינה שם בדעת הרמב"ן. ועי"ש עוד בהיד החזקה שהוכיח נמי מד' הרשב"א והריטב"א שהביא השימקו"ב שם דס"ל דבא"י א"פ אף בלא ה"ל למידע חייב. אך השימקו"ב שם הביא בשם הרא"ש שכ' דמש"ה פריך הגמ' שפיר ממתניתין לר"נ דלהע"ג במודה לו שמסר לו ב' פרות כיון שהחזיר לו אחת ולא האחרת ומסתפקין בדבר הראוי להסתפק ל"ד לא"י אם החזרתי לך כי שם הי' לו לידע אם החזיר אלא דמי לא"י אם השאלתני עכ"ל. ומשמע מד' הרא"ש אלו דס"ל דבא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע וכהבעה"ת הנ"ל. אך היד החזקה שם כ' דע"כ ט"ס הוא בד' הרא"ש דאוחז החבל במאי קאים דהא על ב' פרות כיון דמחזיר לו אחת הוי הבני' כ'

שאולה

שאולה ולא צריך לחלק בין ה"ל למידע או לא עכ"ד יעוש"ה . ועכצ"ל כן דאל"כ יקשי' סתירה מד' הרא"ש דריש כתובות הנ"ל דמוכח דס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע וכמ"ש התומים הנ"ל.ועי' במשל"מ בפכ"ו מהל' מלוה הל' ה' שהביא בשם הרא"ש בתשובה כלל ע"ג סי' ז' שמוכח דס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע א"ו דע"ש הוא כד' הרא"ש שהביא השימקו"ב וכמ"ש בהיד החזקה הנ"ל . והעיקר דהרא"ש ס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע וכדמוכח מד' הרא"ש בריש כתובות ובתשובה הנ"ל . ושוב ראיתי בשערי בינה שם שכ' נמי בדעת הרא"ש כמ"ש וכ' שם בס"ק ע"ז דכונת הרא"ש בב"מ נ"ח כיון שמסר לו אחד ודוקא כה"ג כיון דל"ד לגמרי לא"י א"פ אף דל"ד נמי לא"י א"נ מ"מ בכה"ג מפלגינן בין ה"ל למידע או לא עכ"ד . וכ' דכן מוכח נמי מד' הרא"ש בתשובה שהביא המחבר לעיל סי' ע"ב סעי' ל"ב ועיי"ש עוד בהיד החזקה שהוכיח מד' הרמ"א לעיל סי' מ"ב סעי' א' ומד' הש"ך שם בס"ק י"א ומד' הרי"ף בב"ב קל"ב גבי בעי רבא בבריא האיך כו' ומד' הרשב"א והריטב"א שהביא השימקו"ב בב"מ דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע והאריך בזה יעוש"ה . ועיי"ש עוד בשערי בינה שהביא ראי' מהכ"י בב"מ מ"ב גבי עובדא דבקרא דחייב משום א"י א"פ אף דהבקרא דלא ה"ל למידע אם הספסירא ידע ומד' הטור בסי' זה סעי' י"ט שכ' הטעם גבי יורש דפטור בס' פרעון משום דטענינן לי' שאביו הי' טוען ברי שנפרע ולא כ' הטעם משום דלא ה"ל למידע משום דס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע ומסי' ל"א בש"ך ס"ק י"ב דלכ"ע הפועל נוטל מדינא משום א"י א"פ כו' אף דבעה"ב לא ה"ל למידע ומקידושין מ"ג ב' ומשבועות מ"א ב' ברש"י ד"ה כיון כו' ומב"ק קי"ב א' דפריך הגמ' משום דאמרי אין אנו יודעים פטורים ופרש"י שם כיון דהספק בהזרה ברי ושמא ברי עדיף כו' דמוכח מכל הני דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע והאריך בזה והביא נמי ד' השימקו"ב ב"מ ל"ח בשם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א הנ"ל יעוש"ה . ועי' בס' נחל יצחק שם ובסי' ס"ע ס"ק א' שהביא ראי' מד' הטור דסעי' י"ט הנ"ל ומד' הרמב"ם בפ"א מהל' סוטה הל' ט"ו דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע והאריך בזה וא"כ הרי מוכח מכל הפוס' הנ"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע רק דהבעה"ת הנ"ל ס"ל דא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע . ובאמת מוכח כן מד' הגמ' בכתובות י"ב ב' דקאמר הגמ' בתי' הב' דעד כאן לא קאמר ר"ג דנאמנת אלא התם דאמרינן אוקמה אחזקה והיינו חזקת הגוף הרי מוכח דבברי עם חזקה מוציאין ממון ואף דהבעל לא ה"ל למידע אפי"ה מוציאין ממון ע"י ברי וחזקה שלה וה"ה נמי בא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע כיון דהוי ברי וחזקת חיוב המסייע למלוה מוציאין ממון בכה"ג . ולכאורה ד' הבעה"ת הנ"ל הם נגד ד' הגמ' אלו אך י"ל דהא קאמר הגמ' שם בתי' הא' דעד כאן לא קאמר ר"ג התם אלא דאיכא מגו ועי' בב"ש באה"ע סי' ס"ח דהרמב"ם והטור והש"ג ס"ל כהאי תי' דמגו והרי"ף הביא תי' הב' דחזקה יעוש"ה . וי"ל דהבעה"ת הנ"ל ס"ל כהתי' הא' דלא קאמר ר"ג אלא היכא דאיכא מגו וכהרמב"ם והטור הנ"ל וא"כ היכא דליכא מגו להמלוה אף די"ל אוקי אחזקת חיוב אפי"ה אין מוציאין ממון כיון דלא ה"ל להמלוה למידע ומש"ה ס"ל להבעה"ת הנ"ל דבא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע . אבל באמת ז"א דהא לקמן בסי' ל"א בש"ך בס"ק י"ב הביא ד' הבעה"ת שער כ"ט ח"ב בשם הרב ר' יוסף אבן פלאט שכ' דחנוני נוטל מן הדין עפ"ד הגמ' דכתובות הנ"ל דבברי וחזקת הגוף מוציאין מהמוחזק א"כ ה"ה התם בחנוני דיש שם חזקה שליח עושה שליחותו עכ"ל. הרי דס"ל להבעה"ת כהתי' של הגמ' הנ"ל דעיקר הטעם דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום דאוקי אחזקה ואמאי ס"ל להבעה"ת הנ"ל דבא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע האיכא ברי וחזקת חיוב ומוכח מהגמ' הנ"ל לתי' הב' דבברי וחזקה מוציאין ממון אף היכא דלא ה"ל להבעל למידע :

אך י"ל דס"ל להבעה"ת דחזקת חיוב לא הוי חזקה וכמ"ש הטור בשם הרא"ש לעיל בסי' ס"ה דא"ל העמד שטר על חזקתו שלא נפרע לפי ששטר עומד לפרע עכ"ל והובא בט"ז ביו"ד בסי' שכ"ז ס"ק ב' והוי בגדר חזקה העשוי להשתנות ולא אלימתא חזקה כזו העומדת להשתנות להוציא ממון מן הלוה אף בצירוף ברי ול"ד להא דפ"ק דכתובות הנ"ל דהתם חזקת הגוף מסייע לה דהוי חזקה אלימתא בזה מהני להוציא מהמוחזק בצירוף ברי אבל בחזקה שאינה אלימתא לא מהני להוציא אף בצירוף ברי . ועי' ברמב"ן במלחמות בריש פ"ב דכתובות ע"ז א' גבי הא דפריך הגמ' וכיון דרוב נשים בתולות נשאות כי לא אתו עדים מאי הוי וכ' הבעה"מ דהאי לשמואל פריך דס"ל דאין הולכין בממון אחר"ר משום דאיכא חזקת בתולה שלה המסייע לרוב וברובא וחזקה מוציאין ממון לכ"ע . והרמב"ן השיג עליו וכ' דלא מקרי חזקה דאין האשה עומדת בחזקת שלא ניסת מעולם ואין כאן אלא רוב עכ"ד . ועי' בשימקו"ב שם מ"ש בזה וכן ס"ל להבעה"ת הנ"ל לענין חזקת חיוב ועי' בנו"ב מהדו"ק חיו"ד סי' ו' שכ' כעין זה לענין חזקת פנוי' דלא הוי חזקה אלימתא דכל הפנויות עומדות להתקדש יעוש"ה . ועי' בשערי תורה ח"ב כלל ל"ג פרט א' ובס' נחל יצחק בסי' מ"ג ס"ק ב' מ"ש בזה . וא"ל לפ"ז על הרא"ש לפמ"ש התומים והשערי בינה הנ"ל דהרא"ש ס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע והא הרא"ש ס"ל בסי' ס"ה דהתם שטר לפרעון הוא עומד וא"כ חזקת חיוב לא הוי חזקה ואמאי ס"ל דחייב אף בלא ה"ל למידע די"ל דס"ל הטעם דא"י א"פ חייב משום דאין ס' מוציא מידי ודאי וכדס"ל להש"ך הנ"ל ולפי ה"ע נמי חייב אף בלא ה"ל למידע . וכן צ"ל דס"ל להטור הנ"ל דהביא ד' הרא"ש דהתם שטר לפרעון הוא עומד וס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע . ולהרשב"א דס"ל דחזקת חיוב הוי חזקה מוכח מד' הגמ' בכתובות הנ"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע . אך לתי' הא' הנ"ל דס"ל דהטעם משום מגו י"ל דבא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע כיון דס"ל דבעינן מגו והיכא דליכא מגו אף דאיכא חזקה לא מהני בצירוף ברי וי"ל דדין זה דא"י א"פ בלא ה"ל למידע תליא בין הנך ב' תי' הנ"ל וכן ראיתי בס' בית הלוי ח"ב סי' מ' שכ"כ דדין זה תליא בין ב' תי' הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. אך באמת ז"א די"ל דשאני התם דהוי חזקה דאתרע עכשיו לפנינו כיון דנמצאת בעולה ויש לדון בזה חזקה דהשתא ומש"ה ס"ל לתי' הא' דבעינן מגו . אבל חזקת חיוב להרשב"א הנ"ל דהוי חזקה דלא אתרע שפיר י"ל דס"ל אף לתי' הא' הנ"ל דמוציאין ממון בצירוף ברי וכן ראיתי בס' נחל יצחק שדחה כן . אך מ"ש להוכיח עפמ"ש שם דהרמב"ם דהל' סוטה ס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע ואפי"ה ס"ל כתי' הא' וכמ"ש הב"ש הנ"ל ומש"ה כ' סברא זו דהוי חזקה דאתרע וכן הוכיח נמי מד' הטור והאריך בזה והשיג על הב"ש הנ"ל . אין זה הוכחה דשפיר י"ל דהרמב"ם והטור ס"ל כהתי' הא' הנ"ל וכמ"ש הב"ש ואפי"ה ס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע משום דס"ל הטעם דחייב א"י א"פ משום דאין ס' מוציא מידי ודאי וכמ"ש הש"ך ולה"ע נמי חייב אף בלא ה"ל למידע וכמ"ש לעיל לדעת הרא"ש כן י"ל לדעת הרמב"ם והטור . אך מ"מ י"ל דמד' הגמ' הנ"ל בתי' הא' אין ראי' משום דהוי חזקה דאתרע וכמ"ש הנחל יצחק הנ"ל . ויש ליישב בזה קושי' התומים בסי' ל"א ס"ק ג' על הש"ך הנ"ל יעוש"ה ואכמ"ל בזה. ועי' בשמן רקח חאו"ח סי' ז' שכ' דמש"ה חייב א"י א"פ משום דהתופס בעדים אין לו רק מעלה ולא סברא אבל המוחזק בממון מקדם יש לו מעלה וסברא מעלה יש לו שהרי הממון בידו ולא יהא אלא תופס וגם יש סברא דאמרינן מלבד הסברא דהממון הוא שלו דאוקי ממונא בחזקת מרא קמא כו' . וא"כ בטוען א"י א"פ יש להמלוה ב' סברות . חדא דאין ס' מוציא מידי ודאי דהא הוי ברי בחיובא וס' בפרעון ועוד שזה טוען ברי וזה טוען שמא ולהלוה אינו רק סברא ומעלה ואוקי סברא להדי סברא ונשאר סברת המלוה נגד המעלה של הלוה

הלוה ומפקינן מיני'. אבל בא"י א"כ אוקי סברא דטוען ברי להדי סברא דחזקת ממון ונשאר לטוען שמא מעלה יתירה הואיל והממון בידו עכ"ד והאריך בזה:

ובאמת כן מבואר בבעה"ת שער כ"ט ח"ב דין ו' שכתב דמש"ה אוקי ממונא בחזקת מרי' עדיף טפי כי היכי דלא נפגע בש' גזל ותעשה מעשה בידים עכ"ל. וכ"כ הרמב"ן במלחמות בכתובות כ"א ב' ובר"ן שם ועי' בדברי אמת בסי' ט' מ"ש בזה. וא"כ אף בלא ה"ל למידע נמי חייב בא"י א"פ כיון דנשאר סברת המלוה נגד המעלה של הלוה חייב הלוה לשלם וי"ל דכן ס"ל להרמב"ם והרא"ש והטור הנ"ל ומש"ה ס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע ועי' בשערי תורה שם ובכלל ט"ו פרט ג' ובכלל י"ט פרט ה' ובכלל כ' פרט ו' ובכלל כ"א פרט ג' ובכלל כ"ב פרט א' ב' ג' ובכלל כ"ג פרט ג' ד' ובכלל כ"ו פרט ז' שהרך נמי בדרך אביו הנ"ל דחזקת ממון הוי מעלה וסברא והביא ד' הבעה"ת והרמב"ן והר"ן הנ"ל והאריך בזה. ועי' בתשואת חן שם בחידושיו לב"ק בסוגיא דרב"כ ח' ט"ו ט"ז ובש' ארץ צבי חחו"מ סי' ה' ובספר עזרת יהודה מחו"מ סי' ל"ב מ"ש בזה יעוש"ה. וראיתי בס' זית רענן ח"ב מחו"מ סי' פ"א שכ' להסתפק בא"י א"פ ויש חזקה המסייע ללוה אם מועיל חזקה זו לסלק את חזקת חיוב דאידך ולא נשאר רק ברי ושמא והעמד ממון על חזקתו. א"ד כיון שחזקת חיוב מצורף בהדי ברי ושמא כו' והביא ראיה מהא דחנוני ופועלים דסי' צ"א כו' ואמאי נוטלין הפועלים משורת הדין הא חזקה דשליח עושה שליחותו מסייע לבעה"ב נגד הפועלים כו' א"ו דחזקה אינו מועיל לגבי חזקת חיוב ולהכי נוטלין מדינא עכ"ד וה"ב. והשיג על התומים דסי' צ"א יעוש"ה. ועי' בסוף הס' בקונטרס עלי זית מ"ש בזה ולפ"ד השמן רוקח הנ"ל אין ראי' משם וכמ"ש השמן רקח גופי' שם דלהבעה"ב יש סברא טובה דחזקת ממון וסברא כ"ד דשליח עושה שליחותו. ומעלה מגד שהוא בידו. ולהפועלים יש ב' סברות טובות. אחת דברי ושמא וב' דברי וחיובו אין ס' מוציא מידי ודאי ואוקמינן סברא טובה נגד סברא טובה נשאר לבעה"ב סברא גרוע דהשע"ש ומעלה וכאשר נניח במשקל הסברא טובה השני' של הפועלים נגד הסברא קלה דשע"ש הדעת מכרעת דהדין עם הפועלים ואי הכרעה הוא סברא לדחות בזה המעלה של בעה"ב מה שיש לו מחמת שהממון בידו דאם באנו לדון ולומר מאיזה טעם מוציאין מזה שהממון בידו הוי אומר כי אין לו שום סברא לזכותו רק הסברא קלה דשע"ש וסברת הפועלים עדיפא ע"כ מוציאין מן בעה"ב עכ"ד ומיישב בזה קושי' התומים בסי' צ"א והאריך בזה יעוש"ה. אבל היכא דאיכא חזקה טובה המסייע ללוה שפיר י"ל דאוקי ב' סברות של המלוה נגד הב' סברות של הלוה ונשאר המעלה של הלוה ולא מפקינן מיני' ודלא כהזית רענן הנ"ל. ועי' לעיל בכללי תפיסה סי' ו' מ"ש על ד' השמן רקח הנ"ל יעוש"ה. ועי' עוד בזית רענן בסי' כ"ח מה שהשיג על הנתיבות בס"ק ז' והאריך בזה. ועי' בס' תפארת יוסף מחו"מ סי' י"ד שהביא ד' הג"י שכ' דמש"ה א"י א"כ פטור דאמרינן דודאי לא נעשה דאם הי' נעשה בודאי הי' זוכר. ומש"ה כשמסופק בפרעון אמרינן מסתמא לא פרע דאינו זוכר כו' וכ' דגם הג"י ס"ל כהרשב"א דהטעם הוא משום חזקת חיוב רק משום דהוי חזקה העשוי' להשתנות וכמ"ש הטור בסי' ס"ה הנ"ל דהשטר עומד לפרעון כו' מש"ה הוסיף הג"י לומר הטעם דלא נעשה המעשה מדאינו זוכר וממילא מהראוי לאוקמא אחזקת חיוב דמעיקרא דבאופן זה שלא יזכור הפרעון אין החזקת חיוב עשוי' להשתנות דאדרבא רוב הפורעים זוכרים דפרעו ומדאינו זוכר ע"כ דלא נשתנו כו'. והביא ראי' מכתובות י"ב הנ"ל לתי' הב' דהיכא דאלים החזקה שאינו עשוי להשתנות כמו מזה"ג שאינו עשוי להשתנות קודם אירוסין מבתולה לבעולה שפיר מועיל ברי בהדי חזקה אף בלא ה"ל למידע כו' וכ' ליישב שלא תקשי על המש"ל הנ"ל מד' הגמ' אלו עפ"ד הרשב"א והתוס' שכ' דלגבי מי שטוען ברי להיפוך החזקה לא אזלינן בתר החזקה. אך זהו דוקא באם החזקה היא ג"כ אבל אותו איש שטוען ברי להיפוך ל"א בתר חזקה נגדו כו' וכ"ש היכא דחזקה שיש לו מסייע לאותו איש שטוען ברי אף דהברי גרוע כו' עכ"פ הרי מועיל לו טענת ברי שישאר בחזקתו כו' וא"כ ניחא דהתם בכתובות החזקה היא בדידה וגם היא אומרת ברי בזה שפיר מועיל כו'. משא"כ בא"י א"פ הרי החזקה אינו אלא אותו איש שטוען ברי דהחזקת חיוב הוא אצל הלוה וטענת ברי הוא של המלוה ול"מ ברי של המלוה להחזיק להלוה בחזקת חיוב ואדרבא יש סותר סברא להעמיד ללוה בחזקת אותו חזקה המסייע ללוה לפוטרו דהיינו חזקת ממון רק היכא דה"ל למידע אז חייב ומדויק לשון הגמ' דקאמר כו' אבל הכא מאי חזקה אית לי' להאי ולא קאמר סתם כו' אלא לומר דבעינן שהתובע שטוען ברי יהי' לו חזקה עכ"ד והאריך הרבה בזה. ולבסוף כ' הטעם על הא דא"י א"פ חייב משום דבכ"ד מוקמינן אחזקת היתר א"כ כל ממון של אדם הוא בחזקת היתר ע"י החזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו אך בדאורייתא ל"א שאני אומר והביא ד' התוס' ביבמות פ"ב גבי שתי קופות כו' והאריך בזה יעוש"ה:

ועי' בתרומת הכרי בסי' ל"א מ"ש על ד' הרשב"א הנ"ל בהא דטוען ברי להיפוך החזקה ועי' בברית אברהם מאה"ע סי' ס"ג מ"ש בד' הרשב"א וכ' דגם התוס' בסוגיא דקלילה מ"ה ב' ס"ל כהרשב"א והאריך בזה יעוש"ה ואכ"מ להאריך בזה. ועי' עוד בס' תפארת יוסף שם בסי' ה' ובס' אורי וישעי סי' ט"ז י"ח מ"ש והאריכו בזה. וא"כ כיון דדעת הרמב"ם בהל' סוטה והרמב"ן בבעה"ת שער ל"ט ח"ב והרשב"א בגיטין והרמב"ן והרשב"א והריטב"א שהביא השימקו"ב ב"מ ל"ח והנ"י בפ' הגוזל בתרא והרא"ש בריש כתובות והרא"ש בתשובה ומד' המחבר בסי' ע"ב סעי' י"ד ומד' הרי"ף ב"ב קל"ב גבי בעי רבא בבריא האיך ומד' הש"ך בסי' מ"ב ס"ק י"ח ומד' הש"ך בסי' ל"א ס"ק י"ב ומד' רש"י בב"ק קי"ב א' ומהרש"ך והלחם רב הנ"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע רק דהבעה"ת שער ל"ח והרדב"ז והמשל"מ הנ"ל ס"ל דבא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע. וכיון דכל הפוס' הנ"ל ס"ל דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע הכי נקטינן ולא כהתומים שכ' בס"ק הנ"ל די"ל קים לי כדעת התוס' וסייעתם דבא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע דכבר כתבתי דאין ראי' מד' התוס' וסייעתם דס"ל דבא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע א"כ בודאי דא"י לומר קים לי כהבעה"ת והרדב"ז והמשל"מ נגד הפוסקים הנ"ל ולא כהנתיבות בס"ק הנ"ל שפ' דבא"י א"פ פטור בלא ה"ל למידע רק כשהחסרון ידיעה נולד מחמת הפשיעה של הבע"ד. דהא מד' הפוס' הנ"ל מוכח דאף בלא פשיעת הבע"ד אפי"ה חייב בא"י א"פ אף בלא ה"ל למידע וכן פסק בבית מאיר שם ובשערי בינה שם ובשיד החזקה שם ובנחל יצחק שם דבא"י א"פ חייב אף בלא ה"ל למידע יעוש"ה. וכן עיקר לדינא ודלא כהמשל"מ והתומים והנתיבות הנ"ל. אך הנחל יצחק שם מסיק דבלא ה"ל למידע אף דחייב לשלם מ"מ חייב המלוה לשבע והאריך בזה. ולענין אם טענו שניהם ש' בא"י א"פ עי' במשל"מ ובשערי בינה שם באות י"ג ובשמן רקח ובשערי תורה ובנחל יצחק שם ובשעהמ"ש בס"ק ח' ובבית יהודה בסעי' ט"ז והאריכו בזה יעוש"ה. ולענין מטבע מזויפת הנה הט"ז בסוף הסי' העלה דפטור הלוה אבל המהרשד"ם בסי' פ' והש"ך לקמן בסי' רל"ב ס"ק ט"ו חולקים עליו וס"ל דחייב הלוה לשלם. ובתומים בס"ק הנ"ל הביא ראי' להט"ז מד' הרשב"א בחידושיו לגיטין י"ד גבי עובדא דגינאי כו'. ובקצה"ח בס"ק ו' דחה ראי' זו והאריך בזה ובנתיבות שם השיג על הקצה"ח ועי' במשובב נתיבות מה שהשיג עליו ועי' בשערי בינה שם אות י"ז מה שדחה ראי' התומים הנ"ל והאריך בזה. ועי' בבית מאיר שם מה שדחה ראי' זו ומסיק כהמהרשד"ם ועי' בשערי תורה שם בכלל ג' פרט ח' שכ' דדין זה תליא בדין הא דאזלינן בתר חזקה בכל מקום אי אזלינן בתר שעה שנודע הספק לנו או בתר שעה שנולד הס' אף קודם שנודע לנו לוקים הדבר בחזקת שהי' קודם שנולד הס'. והביא דנחלקו בזה הרמ"א ביו"ד סימן כ' סעי' א' ומהר"ם לובלין בתשובה סי' ס"ו והאריך בזה יעוש"ה.

ועי'

ועי' בבית שמואל אחרון חחו"מ סי' נ"ז ובס' משנת דר"א ובמעיני החכמה בב"מ כ"ב ב' ד"ה אם הי' כו' ובס' נחלת צבי מבעל פ"ת מ"ש בזה. ועי' בשעה"מ בס"ק ו' שכ' להסתפק במודה שקבל מעות אלא שטוען א"י אם היתה הלואה או מתנה אי הוי כא"י א"ל או כא"י א"פ והאריך בזה. ועי' בס' שאילות שמואל חיו"ד סי' כ"ג מ"ש בזה יעוש"ה:

(יד) **ואם** חזר ואומר נזכרתי כו' נאמן בשבועה. בתומים בס"ק ז' הק' על השערי רב אלפס מהא דפריך הגמ' בשבועות מ"ה א' גבי שכיר וניתב לי' בלא שבועה ומאי קושי' לו ופי' דבעה"ב טוען בהדיא א"י א"פ צריך הפועל לשבע וליטול וכי בשביל דמריד בפועליו יגרע עכקוש"י. ודחק בזה ליישב ובאמת לק"מ די"ל דהשערי רב אלפס הנ"ל ס"ל כהר"ן והרשב"א בשבועות שם דפי' דקושי' הגמ' הנ"ל לא משום דהוי א"י א"פ רק משום כדי חייו שקיל בלא שבועה יעוש"ה ולק"מ. וכן ראיתי בשערי בינה שם אות י"א ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סי' כ"א שהשיגו על התומים וכ' דאישתמיטתי' להתומים ד' הר"ן הנ"ל וכ"כ בנחל יצחק בס"ק ז' להשיג על התומים מד' הר"ן והרשב"א הנ"ל. עוד תי' בשערי בינה שם קושי' התומים הנ"ל דהשערי ר"א לא קאמר רק בטוען השבע לי ועי"ש עוד מ"ש בזה יעוש"ה:

(טו) **נאמן** בשבועה. בקצה"ח בס"ק ח' נסתפק היכא דאמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא כו' אי יכול לומר אח"כ נזכרתי כו' והביא ד' הכנה"ג כו' וכ' דהיינו דוקא גבי ע"א כו' אבל גבי חמשין ידענא כו' יכול אח"כ לומר נזכרתי עכ"ד. וכ"כ הנתיבות בס"ק ח' כהקצה"ח דבחמשין ידענא כו' יכול לומר נזכרתי ועי' בדברי משפט בס"ק ד' שהביא ראי' מד' התוס' בכתובות י"ב ב' ד"ה ר"ה כו' דבחמשין ידענא כו' יכול לומר נזכרתי. ועי' בס' נחל יצחק בס"ק י"א שהביא נמי ראיה זו מד' התוס' אלו דבחמשין ידענא כו' יכול לומר נזכרתי כו' והאריך בזה ופ' כן יעוש"ה. וכן עיקר לדינא דבע"א א"י לומר נזכרתי ובחמשין ידענא וחמשין לא ידענא יכול לומר נזכרתי ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק כ"א מ"ש בזה:

סעיף י' (טז) **לא** תבעו כו' וא"י אם החזרתי לך פטור. וכ' הש"ך בס"ק ל' ואפי' אם הלה משיב לו אח"כ ברי לי שלא פרעת לי מעולם כו' פטור כו'. וכן יש להוכיח מן הש"ס פ' הגוזל בתרא דאל"כ לא הי' צריך להוציא ליסנא דחייב מפשוטו אלא ה"ל לאוקמא בכה"ג עכ"ל. ובתומים בס"ק ח' השיג עליו דכיון דקי"ל דטענו עפ"י העד ה"ל טענת ברי. ולפ"ז בטענו עפ"י העד מנה לי בידך ולא פרעתני והוא אומר א"י א"פ חייב לשלם וא"כ מ"ש דתבעו עפ"י העד או דתבעו עפ"י הלוה אלא הודאת בע"ד עדיף מק' עדים כו' וא"כ הרי המלוה טוען ברי שאתה חייב לי עפ"י הודאה שלך וברי לי שלא פרעתני כו' וברי עדיף לענין פרעון וכן למ"ד ברי עדיף כו' הדין כך כו' והמלוה אומר נזכרתי דודאי הלויתיך דחייב. ולכן אין מקום למ"ש הש"ך דה"ל לאוקמי כו' דא"כ רישא נמי כו' והמלוה אומר נזכרתי כו' מ"מ פטור וז"א למ"ד ברי עדיף בכל גווני ברי עדיף עכ"ד. הנה מ"ש דאם טענו עפ"י העד מנה לי בידך ולא פרעתני והלה אומר א"י א"פ חייב לשלם לא ידענא מהיכא פשיטא לי' דחייב לשלם דהא לפמ"ש הש"ך לקמן בס"ק ל"ה ליישב ד' הטור דמיירי בטענו בש' עפ"י העד וע"ז כ' הטור והמחבר משום דהוי משאיל"מ הא בלא הטעם דמשאיל"מ כגון דהעד קרוב לא הי' חייב מטעם א"י א"פ כיון שהמלוה טענו בש'. ואף שיבואר לקמן בסעי' כ"ג דטענו בש' עפ"י העד דנחשב לברי הייתו דוקא לענין לחייב לכשנגדו שבועה נחשב ברי אבל לענין לחייב ממון לא נחשב לברי. אך י"ל דהתם מיירי דהתובע א"י מהפרעון רק מה שמעיד העד אבל התומים מיירי דאומר התובע ברי לי שלא פרעתני בהא שפיר י"ל דברי עדיף וחייב הנתבע לשלם. ובלא"ה י"ל דהתומים ס"ל כמ"ש הסמ"ע בס"ק כ"ט ליישב ד' הטור והמחבר. וכן ראיתי בשערי בינה שער י"ב אות י"ג שכתב כן דבטענו בש' עפ"י העד וברי לו שלא נפרע והנתבע טוען א"י דחייב לשלם והשיג על הש"ך והאריך בזה יעוש"ה. עוד הביא התומים ד' הט"ז שכ' ג"כ דמיירי דאפי' נזכר אח"כ דאל"כ דאין המלוה טוען ברי אפי' לגי"ש פטור. והשיג עליו דמשמע בכל הפוס' בש' פרעון לעולם חייב לגי"ש ולקמן בסי' י"ח איירי בש' הלואה עכ"ד. ואין זה השגה די"ל דהט"ז ס"ל כדעת החכם בתשובות מהרשד"ם סי' א' שהביא הש"ך בס"ק ס"ה דבטענו שניהם ש' על הפרעון פטור אף לגי"ש וכן משמע דעת הש"ך שם כדעת החכם הנ"ל יעוש"ה. וכן ס"ל להט"ז. והתומים אזיל לשיטתי' שבס"ק י"ט הביא ראי' מהירושלמי בסוף ב"ק כהמהרשד"ם דחייב לגי"ש בטענו שניהם ש' בפרעון אבל הט"ז י"ל דס"ל כהחכם הנ"ל ואין כאן השגה ועי' בשערי בינה שם מה שהשיג על הט"ז והאריך בזה. ועי' בנתיבות בס"ק ז' שהשיג על התומים וכ' דהעיקר כהט"ז והש"ך ועי' בבית יהודא שהשיג על הנתיבות והאריך בזה ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ז' שהשיג על הנתיבות והוכיח כהתומים והאריך בזה. ועי' בס' משנת דר"א מ"ש והאריך בזה יעוש"ה. וכ' דדין זה הוי ספיקא דדינא אי חשוב טענת ברי במה שיודע עפ"י הודאת הבע"ד או לאו ועי' בס' מעין גנים סעי' י"ז מ"ש בזה:

סעיף יב (יז) **וע"א** מעיד שהלוהו כו'. וכ' הש"ך בס"ק ל"ד ואע"ג דאית לי' מגו מ"מ כיון דהשתא טוען א"י כו' ה"ל משאיל"מ כו' דלא כתשובות מבי"ט כו' דפסק דהיינו דוקא כשהעד מעיד דעדיין לא פרע דלית לי' מגו עכ"ל ועי' בתומים בס"ק ט' שכ' דתינח אלו הי' מכחיש להעד הי' מחייב שבועה שפיר אמרינן בטוען א"י ה"ל משאיל"מ. אבל הא גופי' צריך בירור למ"ד דאמרינן מגו לאפטורי משבועה א"כ הא יש לו מגו דפרעתיך כו' וצ"ל כמו דלענין ממון ל"א מגו במקום שני עדים ה"ה לענין חיוב שבועה ל"א מגו במקום ע"א עכ"ד. ובאמת מבואר כן להדיא בר"ן בפ' כל הנשבעין מ"ה ב' דבע"א לא מהני דע"א לשבועה הוי כמו שנים לממון. וכן ראיתי בשערי בינה שער ו' אות כ"ג ובשמר י"ב אות ה' שכ' דאישתמיטתי' להתומים ד' הר"ן אלו יעוש"ה. ועי' עוד בתומים לקמן בסימן ע"ט ס"ק ח' מ"ש בזה. ועי' בקצה"ח בס"ק ט' שהשיג על הש"ך מד' הר"ן אלו ועי' בשעהמ"ש בס"ק ט' מ"ש והאריך בזה. עוד הביא הש"ך בשם מהרשד"ם דדוקא כשהעד מעיד שהלוהו בודאי אבל לא כשהעד מעיד שראה שמנה לו מעות וכ' הש"ך עליו דפשוט הוא ועי' בשעהמ"ש בס"ק ו' שהניח דין זה בצ"ע:

(יח) **ה"ל** משאיל"מ. בסמ"ע בס"ק כ"ט תמה דבלא ע"א נמי חייב א"י א"פ והש"ך בס"ק ל"ה תי' דמיירי בטענו בש' עפ"י העד. ובאמת כן מבואר להדיא בתוספות י"ב ב' ד"ה ר"ה כו' שתי' דאפי' למ"ד חייב איכא למדרש שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים דשניהם לא ידעי אלא שע"א מעיד שאחד חייב לחבירו מנה דאבוה מתוך שאיל"מ עכ"ל. הרי להדיא דס"ל להתוס' דהיכא דטענו בש' עפ"י העד והנתבע טוען א"י ה"ל משאיל"מ ועי' בט"ז מ"ש ליישב ד' הטור והמחבר. ובקצה"ח בס"ק ט' השיג עליו וכ' דמבואר מד' הט"ז דהיכא דטענו בש' עפ"י העד דלא שייך ברי ושמא נשבע הנתבע שא"י. ולא כן משמע מד' התוס' והרשב"א והרמב"ן גבי נסכא דר"א מעובדא דאבימי כו' וכן מבואר מד' התוס' והרא"ש והר"ן בפ' השואל בסוגיא דשאלה כו'. הרי מבואר דאפילו בטוען התובע שמא נמי שייך דין מתוך כו' וצריך לשבע ברי וא"י משלם עכ"ל. ולא ידענא אמאי לא הביא ד' התוס' הנ"ל דמבואר להדיא דבטענו בש' עפ"י העד הוי משאיל"מ ועי' בהפלאה שם מ"ש על ד' התוס' וכן ראיתי בביאורי הגר"א בס"ק ל"ב ובס' נחל יצחק ס"ק י"א שהביאו ד' התוס' הנ"ל ועי' בבית יהודא מה שהשיג על הט"ז ועי' בדברי משפט בס"ק ד' ובחידושי הרי"מ בס"ק י"א ובנחל יצחק שם מ"ש ליישב קושי' הסמ"ע הנ"ל והאריכו

והאריכו בזה יעוש"ה ועי' בברית אברהם חחו"מ סי' ה' מ"ש בזה :

סעי' יג (יט) **אך** שהוא מעיד שהוא הו"ז. בסמ"ע בס"ק ל"א כתב דמיירי שהוא מודה לדברי העד שהוא הו"ז אלא שטוען שפרע הו"ז דבזה א"כ במגו כיון שצריך להכחיש העד וס"ל מגו דהעזה עכ"ל . וא"כ לפ"ד מבואר דאם הי' מכחיש העד בזמן ואומר שאינו הו"ז הי' צריך לשבע להכחיש העד דאם לא הי' צריך לשבע לא הוי שייך דין משואיל"מ . והקשה הקצה"ח בס"ק י' דשבועה זו מה טיבה כיון שהוא מודה בעיקר החוב לדברי העד ואינו מכחישו אלא בזמן אין זה דרבא דממונא לחייב שבועה כו' ואינו אלא כמו שטוען דאי' יש לי בידך דפטרה התורה משבועה דאין גופו ממון כו' אלא כפירת ראי' עכקוש"י והניח בצ"ע . ועי' בש"ך בסי' ע"ה ס"ק ו' שכ' נמי כהסמ"ע וכן פי' בביאורי הגר"א בס"ק ל"ט כהסמ"ע . ובקושי' הקצה"ח עי' בדברי משפט בס"ק ה' מ"ש ליישב והביא ראי' להסמ"ע מד' הרמב"ם בפ"ד מטוען הל' א' ומד' הרמב"ן בחידושיו לב"ב ל"ג כ' והאריך בזה. ועי' בבית יהודא מ"ש ליישב קושי' זו ופי' כהסמ"ע והאריך בזה . ועי' בנתיבות בסי' מ"ו ס"ק ו' וכאן בס"ק ט' משמע דס"ל כהקצה"ח ועי' לעיל בסי' מ"ו ס"ק ח' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח ומ"ש על ד' הנתיבות והארכתי בזה יעוש"ה . ולדינא העיקר כהסמ"ע והש"ך והביאורי הגר"א והדברי משפט. והבית יהודא הנ"ל דאם מכחיש העד בזמן ואומר שאינו הו"ז דצריך לשבע ודלא כהקצה"ח הנ"ל . אחר כותבי הנ"ל ראיתי בס' חמדת צבי בריש ב"ב ה' א' ד"ה וכא בזמנו שהק' על התוס' שכ' דאין להוכיח דר"ל ס"ל דהמלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים כו' דהא י"ל דאיירי שהלוה לו בפני ע"א וקבע לו זמן פרעון בפניו. כמלא ליכא מגו דמגו במקום ע"א ל"א דומיא דנסכא דר"א ואי לאו דהוה הו"ז הי' נאמן לטעון פרעתי רק מחמת זה דהא"פ בתוך זמנו ומגו ליכא עכקוש"י יעוש"ה . וא"כ לכאורה משמע מחמת קושי' זו מדלא הק' התוס' כן משמע דס"ל כהקצה"ח הנ"ל . אבל באמת ז"א דמ"ב ואי לאו דהוה הו"ז הי' נאמן לטעון פרעתי לא ידענא מאי קאמר דהא אי ס"ל לר"ל דהמלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים א"כ אף בע"א נמי א"י לטעון פרעתי ובלא"ה לק"מ דעדיפא מיני' קאמרי התוס' דאפי' מיירי בב' עדים מ"מ אין להוכיח דס"ל לר"ל דא"צ לפורעו בעדים דמיירי בהודה בפני עדים כו' וכדאיתא בשבועות ולק"מ קושי' החמדת צבי הנ"ל וא"כ אין ראי' להקצה"ח והעיקר כהסמ"ע הנ"ל וכמ"ש :

(כ) **הה"ל** משואיל"מ . בתומים בס"ק י' כ' ליישב קושי' התוס' ב"ב ל"ד א' גבי נסכא דר"א ד"ה והוי כו' שהקשה על תי' ר"י דאמאי לא ס"ל לרב ושמואל הך דינא דר"א דהא פשיטא דא"כ לגזר דידי תטפי בלא מגו. ותי' משום דאית לי' מגו דא"י הא תטפתי או אם ברצון נתנו לו ולא הוי מגו גרוע דהא גם עתה טוען טענה גרוע דשלו הטף דהוא נגד החזקה עכ"ד והאריך בזה . ובאמת הדבר תמוה דהאיך משכחת לה במציאות כלל שיהיה מעשה רבה כזו דהיינו אם חטף מחבירו דבשלמא בהמנין ידענא והמנין לא ידענא שפיר י"ל דהי' לו עסק עם חבירו ובתוך הזמן נשכח ממנו סך א' אם לקח או שהוא טרוד מאוד ואפ"ה הוי טענה גרוע אבל הכא האיך יכול שיהיה דבר כזה אם גזל וחטף מחבירו וכן ראיתי בס' זכר יוסף ח"ב סי' י"ט שהשיג כן על התומים יעוש"ה :

(כא) **משואיל"מ** . עי' ש"ך בס"ק מ"ב שכ' דבמתרמות שלנו כו' כ"ל משואיל"מ ועי' בקצה"ח בס"ק י"ג ובנתיבות בס"ק ט' ובתשובות אמרי ברוך ובפעתמ"ש בסי' מ"ו ס"ק א' ובבית יהודא שם ובדברי חיים בדיני הלואה סי' י"ז ובנחל יצחק בסי' כ"א ס"ק א' מ"ש והאריכו בזה ועי' לעיל בסי' מ"ו ס"ק ח' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

(כב) **משלם**. עי' בש"ך בס"ק מ"ג שהביא בשם הרמב"ן דמיירי שתופס אותו בידו והגזלן לפנינו עתה דאל"כ נאמן לומר דידי גזלתי במגו דהחזרתי כו' עי' לעיל בסי' מ"ז ס"ק א' מ"ש ליישב דלא תקשי ד' הרמב"ן אהדדי דס"ל דל"א מגו במקום חזקה דת"י האדם הרי הוא שלו וס"כ הוי נגד חזקה והארכתי בזה יעוש"ה :

סעיף יד (כג) **אלא** משבועה דאורייתא כו' . וכ' הטור בשם הרמ"ה ה"ה בשבועה דע"א היכא שאין השנים מחייבין אותו ממון אלא ע"י שבועת התובע אי איכא חד דהדה לא מחייב שבועה הוא דלימא מתוך שאל"מ . ועי' בש"ך בס"ק מ"ח מה שפי' בד' הרמ"ה ועי' בט"ז שכתב דהרשב"א שהביא המחבר בסי' ע"ב סעי' כ"ג והרמ"א בסעי' י"ח חולק על הרמ"ה ועי"ש בס"ק כ"ו מ"ש בזה . ועי' בקצה"ח בס"ק י"ג ובבית יהודא ובקצה"ח בסי' ל"א ס"ק א' ובנתיבות שם בס"ק ז' ובבית יהודא שם ובפעתמ"ש בסי' ל' ס"ק ד' ובמעיין גנים שם ובס' נחל יצחק שם בס"ק ב' ובסי' כ"א ס"ק א' מ"ש בזה. ועי' לעיל בסי' מ"ו ס"ק א' מ"ש בד' הרמ"ה הנ"ל והארכתי בזה יעוש"ה :

(כד) **אע"פ** שמדרבנן חייב כו' . כן מבואר בתוס' בכתובות י"ח ב' ובגיטין נ"א ב' ובב"מ ג' ב' ד"ה ובכולי כו' דבשבועה דרבנן ל"א משואיל"מ ועי' עוד בב"מ ה' ב' בתוס' ד"ה ותקנתא כו' ובמהרש"ס ובביאורי הגר"א בס"ק מ"ב מ"ש בזה ועי' בטו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ג שהק' על הרמב"ם דס"ל דעדות שבשטר דרבנן א"כ איך פי' הרמב"ם גבי הוציא עליו שט"ח בע"א דה"ל משואיל"מ והא בשבועה דרבנן ל"א משואיל"מ והאריך שם בד' הרמב"ם ובסי' ל"ד ל"ה . ועי' בתשובות בית אפרים חחו"מ סי' ה' שכ' ליישב קושי' הטו"ב דהא דאמרינן דבשבועה דרבנן ל"א משואיל"מ היינו דוקא אם עכסים השבועה מדרבנן כו' דהטעם דבשבועה דרבנן ל"א משואיל"מ משום דבדאורייתא נחתינן לנכסי' כו' ובדרבנן לא נחתינן לנכסי' כו' והחילוק מבואר . דאם עכסים שבועה דרבנן שפיר ל"א משואיל"מ כו' משא"כ בהא דהרמב"ם שמועיל עדות בשטר כיון שתקנו כעין דאורייתא להוציא ממון חזר הדין להיות משואיל"מ כדאורייתא עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה. ולפ"ד מיושב קושי' הקצה"ח בסי' ל"ב ס"ק י' ובשערי בינה שער י"ז אות ה' שהק' דהאי קאמר הגמ' בשבועות מ"א א' דל"מ בין ס"ד לדרבנן לענין משואיל"מ ועי"ש מ"ש בזה ליישב ולפ"ד הבית אפרים הנ"ל ניחא . דכיון דקאמר הגמ' שם איכא בינייהו מיחת לנכסי' כו' ממילא לא צריך תו למימר נ"מ לענין משואיל"מ דהא בהא תליא דכיון דבדרבנן לא נחתינן לנכסי' ממילא ל"א משואיל"מ וכ"כ בס' נחלת צבי מבעל פ"ת ליישב כן קושי' זו עפ"ד הב"א הנ"ל וכן ראיתי בדברי חיים בדיני טוען ונטען סי' ל"ה ובס' נחל יצחק בסי' ל"ה ס"ק א' שתי' כן קושי' הקצה"ח הנ"ל יעוש"ה . אך לא הביאו ד' הב"א הנ"ל ועי' עוד בשערי בינה שער כ' דין כ"א אות א' ובחידושי הרי"מ בס"ק ל' ובתומים בס"ק י"ב ובתשובת רע"א הנדפס מחדש סי' קט"ז מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק י"ג מ"ש ליישב קושי' הטו"ב הנ"ל ועי' עוד לעיל בסי' א' ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעי' טו (כה) **ע"י** גלגול משואיל"מ . בנתיבות בס"ק י"א כ' ליישב קושי' הפוס' מזה אומר גדול כו' משום דבשני קרקעות שאחד ודאי יוצא מחזקת בעלים ולא ידעינן איזהו ל"ש לומר חזקת מ"ק כו' וא"כ הא שם מוקי מתניתין בעומדת באגם וליכא חזקת ממון רק חזקת מ"ק וכיון דז"א גדול וז"א קטן ל"ש חזקת מ"ק אף ר"נ ור"י מודים דברי שמא ברי עדיף כיון דליכא חזקה כנגדו עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דאם זה לא נקרא חזקת מ"ק מאחר שמכר לו אחד בודאי א"כ בז"א א"י וז"א א"י למה ל"א יחלוקו גם לרבנן ובב"מ ק' א' מבואר דבז"א א"י וז"א א"י דוקא לסומכוס אמרינן יחלוקו אבל

אבל

אבל לרבנן אזלינן גם בזה בתר חזקת מ"ק וכן ראיתי בדברי חיים בדיני טוען ונטען בסי' ב' שהשיג כן על הנתיבות יעוש"ה. ועי' בס' נחל יצחק בס"ק י"ב מה שהשיג על הנתיבות והאריך בזה ועי' בשעהמ"ש בס"ק י"ב ובבית יהודא מ"ש בזה :

סעי' טז (כו) כשאר׳ מודה מקצת. וכ' בש"ך בס"ק כ"ז דאי פקח הוא כו' עי' בשערי בינה שער י"ב אות ע' שכ' על ד' הש"ך דלפי מנהג דבכ"מ שנזכר חרם שתם אז הנתבע מקבל בעצמו חרם מפורש שכדבריו כן הוא נפל בבירא האי פקחת עכ"ד. ועיי"ש עוד מ"ש דדברי הש"ך סותרין זא"ז מס"ק כ"ו למ"ש בס"ק ע"ה וכן הק' בגליון ש"ע מהגאון רע"א ד' הש"ך אהדדי יעוש"ה :

סעי' יז (כז) **בהג"ה** יכול להשביעו כו'. עי' בסמ"ע בס"ק מ"ט שכ' דאם תפס בעל התיבה משל שמעון בלא עדים תפיסתו תפיסה ובש"ך בס"ק ס"ד השיג עליו וכן השיג בט"ז על הסמ"ע ועי' בתומים בס"ק י"ז ובביאורי הגר"א בס"ק כ"ח ובשעהמ"ש בס"ק י"ג ובברית אברהם חחו"מ סי' ו' ובס' מעיני החכמה בב"מ כ"ו ב' ד"ה שנפל כו' מ"ש בזה יעוש"ה :

(כח) **היסת**. עי' בט"ז דיליף מד' המרדכי בפ' הדיינים דבכל דבר אשר בלתי מצוי לא משביעינן היסת כי לא תיקון ר"נ עליו היסת עכ"ד. ועי' בתומים בס"ק י"ח שהשיג על הט"ז וכ' דאין ראי' מהמרדכי ופי' דבכל ענין אף בדבר שאינו מצוי צריך לשבע היסת דלא כהט"ז ועי' בס' משנת דר"א שהשיג נמי על הט"ז דהא יכול לדחות החזקה דר"כ כו' והביא ראי' מחזקה דאא"פ בתוך זמנו דהוי הלכה פסוקה כו' ואפי"ה אחר הפרעון חייב המלוה היסת וכן חזקה דשטרך בידי מאי בעי שהיא ג"כ הלכה מפורשת בש"ס ואפי"ה אינה מועלת לפטור את המלוה מהיסת אחר הפרעון כו' אלמא דחזקה דר"כ דוחה שאר חזקות והאיך אפשר שתדחה היא מפני חזקה שמדעתנו עכ"ד יעוש"ה. וכן עיקר לדינא דאף בדבר שאינו מצוי צריך לשבע היסת דלא כהט"ז הנ"ל אלא כהתומים והמשנת דר"א הנ"ל וכן פ' באורים בס"ק נ"ה :

סעיף יט (כט) **דבר** שהוא אמוד. עי' בש"ך בס"ק ע' שכ' דהם אינו אמוד על כל מה שתובע אפ"ה הוי משאיל"מ כו' ועי' בס' זית רענן ח"ב חחו"מ סי' נ"ח מ"ש על ד' הש"ך יעוש"ה :

סעיף כג (ל) **טענו** בס' עפ"י העד כו' שבועה דאורייתא : כן הוא דעת רוב הפוס' אבל דעת הר"ר אפרים והר"י הלוי דטענו בס' עפ"י העד אינו מחייבו ש"ד ודייקו מהא דקאמר הגמ' בשבועות מ' א' אבל בטענת מלוה והעדאת ע"א משמע דוקא בטענת ברי הוצא דבריהם ברא"ש ובר"ן בשבועות שם יעוש"ה. וקשה לדעת רוב הפוסקים מד' הגמ' אלו. וראיתי במנחה לוי בשבועות שם שכ' ליישב עפ"ד התוס' בב"מ ל"ז ב' שתי' דמש"ה א"כ לרב ושמואל דל"ל משאיל"מ מודה מקצת במגו דאי בעי אמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא משום דאין אדם טוען ברצון א"י משום שאז נראה שהתובע אומר אמת שטענו ברי והוא טוען א"י וא"כ י"ל דמש"ה הזכיר שמואל טענת מלוה והעדאת ע"א דשמואל אזיל לשיטתו דל"ל משאיל"מ א"כ כשאין התובע טוען ברי א"ל לשבע דנאמן במגו דא"י והכא ל"ש תי' התוס' הנ"ל דהא גם התובע אינו טוען ברי. אבל לדידן דקי"ל דאמרינן משאיל"מ א"כ שפיר פ' הפוס' הנ"ל דאפי' בטענו בס' עפ"י העד חייב לשבע ש"ד דהא ל"ל מגו דא"י דאם-הי' טוען כן הוה משאיל"מ עכ"ד והאריך בזה. ולא ידענא מאי קאמר דהא גם בטענו בס' עפ"י העד ל"ל מגו דא"י כסברת התוס' הנ"ל דאינו טוען ברצון א"י ואי משום דהתובע ג"כ טוען א"י מ"מ כיון שיש לו ע"א שטוען ברי שפיר שייך סברת התוס' הנ"ל דאינו טוען ברצון א"י לפי שאז נראה טענת התובע אמת שיש עד שמעיד בברי כדבריו ולהנתבע בעצמו הוא ספק. וכן ראיתי במלא הרועים אות מ' משאיל"מ אות י"ב שהשיג כן על המנחה לוי. וצ"ל לדעת הפוס' הנ"ל דאף בתביעת שמא נמי טענה קרוי לה וטענה וכפירה הכונה שזה תובע וזה כופר אבל ה"ה דאפילו בטענת שמא מ"מ תובע הוא וכמ"ש הרא"ש והר"ן שם ועי' בס' נחל יצחק בס"ק י"ח ובס' מהרשד"ס אות ט' ענין טענו בס' עפ"י העד מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(לא) **בהג"ה** אפי' קרוב שלו משביעין ס'. עי' בשעהמ"ש בס"ק ע"ו שכ' דקרוב פוטר משבועת היסת והאריך בזה ומד' המנחה אפרים בהל' עדות סי' ע"ו מבואר להדיא דלא כהשעהמ"ש שכ' וז"ל מי שנתחייב שבועת היסת וע"א קרוב ונתרחק מסייעו דפטור משבועת היסת דבדרבנן לא בעינן תחלתו בכשרות כאותה שאמרו אלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן עכ"ל. הרי דדוקא בנתרחק עכשיו ס"ל דפוטר משבועת היסת אבל בלא נתרחק ס"ל בפשיטות דאינו פוטר דלא כהשעהמ"ש ועי' בס' נחל יצחק בס"ק י"ז שהביא ד' המח"א אלו והביא כמה ראי' דקרוב אינו פוטר מש"ה והאריך בזה. ופסק כן דבמקום דרגא דממונא והיכא דחייב שבועת היסת ע"י ברי של הבע"ד אין קרוב פוטר בזה יעוש"ה. וכן יש להוכיח דלא כהשעהמ"ש מב"מ ה' א' גבי הא דפריך הגמ' השתא נמי דליתא לדר"ח נהייבי' מדר"כ כו' ולא מוקי לה בעד קרוב יעוש"ה. וכן עיקר לדינא דקרוב אינו פוטר מש"ס היכא דאיכא דרגא דממונא וכמ"ש בנחל יצחק ודלא כהשעהמ"ש הנ"ל ועי' בס' פרת יוסף בסי' ס"א ס"ב מ"ש והאריך בזה. ועי' עוד בנחל יצחק בס"ק י"ט מ"ש לענין אם אשה אומרת לפניו שחייב מנה או עד מפי עד אי משביעין היסת על פיהם כמו עפ"י קרוב או לא והאריך בזה :

(לב) **היסת**. עי' בש"ך בס"ק כ"ג שהניח דין זה בצ"ע עפ"ד התשובות מיימוני לס' קנין סי' כ"א כו' ואח"כ הביא ד' מהרש"ל בפ' מרובה סי' ד' כו' וכ' דיש ללמוד מכאן דמי שהלוה לחבירו על המשכון ושכח כמה הלוה וקרובו יודע כמה הלוה כותב הרשאה לקרובו וקרובו נשבע ונוטל כו' עכ"ד. ועי' בתומים בס"ק כ"ד ובקצה"ח בס"ק י"ח ובנתיבות בס"ק י"ד ובמשובב נתיבות ובס' חמדת צבי בכתובות ע"ו א' ד"ה ואמאי כו' ובס' נחל יצחק בס"ק כ' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן עו

סעיף א' (א) **אחר** שישבע כו'. וכ' הסמ"ע בס"ק ב' ולא אמרינן דה"ל משאיל"מ דמ"מ כיון דודאי אינו חייב לכ"א עוד ק' אלא לא' מהם כו' ומנה השני' ישלם לא' מהם אנס בפשיעתו מש"ה תקנו חז"ל שלא יטלו שום א' מהם יותר ממנה אלא בשבועה עכ"ל. וכ"כ הש"ך בס"ק ד' והוא מד' הבעה"ת שער ל"ט ח"ב דין ב' בשם הרמב"ן והמ"מ בפ"ח מהל' שאלה הל' ה' והנ"י בפ' המפקיד ל"ז ועי' במלא הרועים באות מ' בענין משאיל"מ שהק' בהא דב"מ ל"ז א' גבי שנים שהפקידו אצל א' זה מנה וזה מאתים נותן לזה מנה כו' דאמאי ל"א דהוי משאיל"מ כו' ונדחק ליישב יעוש"ה. ולא ראה ד' הבעה"ת והמ"מ והנ"י והסמ"ע והש"ך אלו שהק' כן ותי' דל"ש כאן לדון משאיל"מ ועי' בשימקו"ב שם ובתוס' יו"ט שם ועי' בקרבן נתנאל ביבמות בפ' האשה שלום סי' י"א אות א' שכ' ליישב קושי' הב"ש באה"ע סי' נ"ט ס"ק ב' דהכא החמש נשים תובעים אותו ואם הי' טוען ברי כנוו הם שאינו חייב אלא לאחת מהם שידוע לו הי' נשבע ונפטר ועכשיו שטוען שמא הוי משאיל"מ משא"כ התם לענין גזל השבועה לנגזלים כו' מש"ה כ"א נשבע עכ"ד. וגם הוא לא ראה ד' הפוס' הנ"ל שכ' דמש"ה לא הוי משאיל"מ משום דהא טוען ברי שאינו חייב לשניהם רק ש' א"כ כ"ש היכא שאומר א"י למי הוא חייב המנה

דודאי

דודאי דאין זה נקרא כלל מודה מקצת ולא דיינינן בזה דהוי משואיל"מ וכמדומה שכן השיג בס' נחל איתן על הרמב"ם בפ"ט מהל' איסור על הקרבן נהגאל הנ"ל ואינו כעת ת"י. ועי' בנתיבות בס"ק א' ובשעהמ"ש ס"ק א' ובנ"ב מהדו"ק חחו"מ סי' ט"ו ובהמקנה בקו"א בסי' מ"ט ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סי' ו' ובחידושי הרי"מ בס"ק ב' ובחידושיו לב"מ ל"ז א' ובמעיני החכמה שם ובס' מנחת הבקר שם ובס' חמדת לבי שם ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' כ"ח מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' בבית יהודא מ"ש לענין אם יש ע"א שיודע של מי המנה ושל מי הר' והאריך בזה :

(ב) **והשאר** יהא מונח כו'. בנתיבות בס"ק ה' כ' דבהלואה כ"ע מודים שיהא מונח אצלו ולא ביד ב"ד דדוקא בגזילה ופקדון שהנפקד או הגזלן מסתלק מן הדין בהשבתו לב"ד כו' משא"כ בהלואה דאם יופסד ביד ב"ד ויבורר אח"כ מי הוא המלוה האמיתי לא יופטר מחובו ודאי דא"י לכופו ליתן ביד ב"ד עד שיסכימו שניהם כו' עכ"ד. וכ"כ בס"ק ד' ובהקדמה לסי' זה שכ' דבגזלן יכול לומר הש"ל אף שהגזל א"י ליטול וכמו כן בפקדון כו' ועי' בדברי חיים בדיני טוען ונטען סי' ז' שהשיג על הנתיבות מד' הרשב"א בתשובה שהובא בב"י סי' ע"ג וממידושי הרשב"א ב"ק ק"ד ומד' הריטב"א ב"מ והאריך בזה יעוש"ה. וגם מב"ק קי"ז ב' מוכח דלא כהנתיבות דאמרינן שם הגוזל את הפרה ושטפה נהר חייב להעמיד לו פרה דר"א וחכמים אומרים אומר לו הש"ל ומשמע דהפרה עדיין קיימת רק שא"י ליטלה לפי ששטפה נהר דאי מתה ל"ל ששטפה נהר הא לא"ה א"י לומר הש"ל. וגדולה מזו מבואר בב"ק קי"ח א' במשנה שם ולקמן בסי' שס"ו סעי' ד' הגוזל את חבירו בישוב ובא להחזיר לו במדבר לא יצא וכ"ש היכא שא"י ליטלו כלל דודאי לא יצא ידי השבת גזילה וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטמייטיץ ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק ג' ובס' תשואת חן סי' ל"ט מ"ש בזה יעוש"ה :

(ג) **עד** שיבא אלי'. בשעהמ"ש בס"ק ב' כ' דאם אחד מהם מביא עד שמסייע לו אם צריך שכנגדו ש"ד להכחישו תליא בדעת הרא"ש והג"י דלקמן בסי' רס"ז סעי' י' והק' על הג"י דאמאי לא יהי' צריך לשבע להכחיש את העד הא מבואר בסי' שפ"ח סעי' ז' דהאומר לחבירו מסרתני והוא כופר חייב היסת ומשמע התם דהיכא שיש ע"א חייב ש"ד וא"כ ה"נ במה שאומר זה שכנגדו שהאבידה שלו הוי כמוסר כו' ואמאי לא יצטרך לשבע להכחיש את העד כו'. ואפשר לומר דהג"י לטעמי' אזיל דס"ל דדינא דגרמי דרבנן כו' ולכך א"צ לשבע ש"ד להכחיש את העד דס"ל כהרמב"ן כו' דאין נשבעין ש"ד בדד"ג אבל היסת מודה הג"י דצריך כ"א לשבע כו' עכ"ד. ובאמת קושי' השעהמ"ש יש להקשות גם על הרמב"ם פ"ה מטוען והט"ו לקמן בסי' ל"ה שכ' דאין נשבעין על השטרות בכופר הכל וע"א מכחישו : וכ' הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק י' דמשמע מסתימת הפוס' דאף מכח כפירתו לא יוכל התובע להוציא חובו אין נשבעין וכ' שם דכן מוכח מהתוס' שבועות ל"ז ב' ד"ה מיעוט כו' יעוש"ה. ועל הרמב"ם ליכא ליישב כמו שתי' השעהמ"ש הנ"ל על הג"י דס"ל דבדד"ג ליכא ש"ד דהא הרמב"ם ס"ל דאף בדד"ג איכא ש"ד וכמ"ש הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק ל"א. וגם בלא"ה ליכא ליישב כהשעהמ"ש הנ"ל עפ"ד הש"ך דסי' שפ"ו דהא כבר דחה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ל"ב ד' הש"ך וכ' דאף בדד"ג ובכל חיובי דרבנן צריך לשבע ש"ד היכא דשייך והביא הרבה ראי' והאריך בזה ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק י"ג מה שכתבתי ליישב קושי' הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ג עפ"ד הקצה"ח יעוש"ה וא"כ הדרא קושי' השעהמ"ש הנ"ל לדוכתא. אך י"ל כמ"ש הבית אברהם חחו"מ סי' י"ז אות ג' דבסימנים וסימנים ע"כ דאחד מהם הוא רמאי או דאתרמי חפץ כזה וא"כ אם יהי' אמת דאתרמי עוד חפץ כזה האיך נתחייבו בדד"ג הא לא כיון להזיק ולבי' אנסי' שנאבד לו ג"כ חפץ כזה כו' וא"ל דשמא טוען כן עפ"י רמאות ולא דאתרמי עוד חפץ כזה ז"א דהא ע"ז ליכא ע"א ולא טענת ברי ואין נשבעין על טענת ספק עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה ושפיר ד' הג"י ולק"מ קושי' השעהמ"ש הנ"ל. אך על הרמב"ם דפ"ה מטוען והטו"ו הנ"ל עדיין הקושי' במקומה וכנ"ל והאם ליכא ליישב כמ"ש הברית אברהם הנ"ל דזה לא שייך רק באבידה משום דאתרמי חפץ כזה. אך י"ל דלא חשיב גרמי אלא גבי מוחל שט"ח דחשיב מעשה שע"י דבורי' נמחל החוב וכן במשחרר עבדו ועי"ז פקע שעבוד המלוה חשיב דיבורי' כמעשה וכן גבי מוסר ע"י דבורי' עשה האנס מעשה ולקח החפץ מהישראל אבל במה שטען לפני ב"ד שהחפץ שלו לא נעשה עי"ז שום מעשה ומה שהב"ד אין מחזירין החפץ לבעליו לא חשיב מעשה רק שגורם בדיבורי' שאין מחזירין החפץ לבעלים אבל דיבורי' אינו עושה שום דבר ל"ה גרמי וכן כשהי' שטרות חבירו בידו וכפר בהם דבור כפירתו אינו עושה שום פעולה ומה שאינו מחזיר השטרות אינו מעשה כלל ל"ה גרמי. וגבי מראה דינר לשולחני ונמצא רע עשה מעשה שלקח ע"י דיבורי' אבל אם הראה לו אחר שלקחה רק שעדיין הי' יכול להחזירו וע"י דבורי' החזיק הדינר ולא החזיר פטור. ויש ליישב בזה קושי' הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק ט' על הבעה"ת יעוש"ה ואכמ"ל בזה ושפיר דברי הרמב"ם והג"י ולק"מ קושי' השעהמ"ש הנ"ל וכן תירץ חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל קושי' השעהמ"ש הנ"ל וא"כ ממילא א"י כ"א להשביעו היסת לא כאן ולא בהא דסי' רס"ז סעי' י' ודלא כהשעהמ"ש הנ"ל וכ"כ הברית אברהם שם דא"י כ"א להשביעו היסת בהא דסי' רס"ז סעי' י' הנ"ל יעוש"ה :

(ד) **חייב** בבא לצ"ש. וכ' הש"ך בס"ק י"ג אבל בדיני אדם נותן לזה ק' ולזה ק' ומנה הג' חולקים כו' עי' בנתיבות בס"ק ב' ובשעהמ"ש בס"ק ג' שהק' מבכורות מ"ט ועי' בקצה"ח בסי' שס"ה ס"ק א' מ"ש בזה ועי' עוד בשעהמ"ש בס"ק ד' מ"ש על הש"ך דס"ק י"ב :

סעי' ג (ה) **פטור** כו' עי' בס' משנת דר"א ובס' תשואת חן סי' מ' מ"ש בזה יעוש"ה :

סימן עז

סעיף א' (א) **בהג"ה** או שקבלו פקדון ביחד. בש"ך בס"ק א' הביא תשובות הרמ"א בסי' כ"ז דב' שומרים שקבלו השמירה ביחד לא אמרינן דאחד ערב בעד חבירו כו' והש"ך חולק עליו. וקשה על הרמ"א מהא דאיתא בירושלמי הובא בתוס' בקידושין מ"ב ב' ד"ה וכן כו' דהדא דתימא בשטר אבל בכסף לא בתר דתקון רבנן שבועת היסת ולשיטת הרמ"א אם הי' ב' שלוחים וקבלו לידם פרוטה ממילא א"י לתובעם רק חצי פרוטה שנעשה לוה עלי' והב' על חצי פרוטה א"כ לא הוי נוגעים כלל דא"י להשביעם על חצי פרוטה ואיך סתמו דאף בפרוטה לחוד לא הוי רק ספק קידושין והא בפרוטה לבד ואיכא ב' שלוחים א"ל שבועה כלל כיון דא"י להובעו מכ"א רק ח"פ דאינן נעשי' ערבים זל"ז. ואף לדיעה א' שסובר דנעשו ערבים ויכול לתבוע מכ"א פרוטה האי מדידי' דהוי לוה והאי השני מכח ערבות מ"מ תקשי למאי דקי"ל בסי' מ"ט דערב לב' יב"ש פטור הערב כיון דא"י לתבוע את הלוה ממילא גם הערב פטור א"כ ג"כ נימא כך כיון דא"י להשביע הלוה על חצי פרוטה ונתחלה בתר הלוה אזיל וכיון דהלוה פטור גם הערב פטור משבועה א"כ אמאי לא מהני הקידושין בקידושי פרוטה ואיכא ב' שלוחים וכן הק' בקהלת יעקב מהגאון מליסא באה"ע סי' ל"ה והניח בקושי' יעוש"ה. ובאמת לק"מ דהא מבואר בירושלמי בפ' שס"פ הובא בר"ן וברא"ש שם הפקיד לב' ש"פ ונשבע חייב כל אחד ק"ש והא כ' לאשמה בה פרט לפחות מש"פ ודאי דתמן אין שבועה חל על ח"פ אבל כאן השבועה

השבועה על שוה פרוטה כיון שיכול לתבוע כ"א הכל א"כ מוכח שפיר מהירושלמי או דבאמת הם לווים בש"פ מטעם הנ"ל גופי' כיון שמדין ערב לא אתחייב ולא יכול להוציא כלום והא רצה לשניהן ובע"כ נעשו לווים על כולו שיכול לגבות ממי שירצה או אף דאינו רק ערבים מ"מ יצטרף אלי' ש"פ דערבות עם האלי ש"פ דמשום לוה וכיון דשייך ק"ש א"כ ממילא צריכים לשבע היסת והוי נוגעים בעדותם ומש"ה לא הוי רק ספק קידושין ולק"מ קושי' הקהלת יעקב הנ"ל. וכן ראיתי בחידושי הרי"מ בס"ק א' ובס' נחל יצחק שתי' כן. ובעיקר ד' הרמ"א הנ"ל בשנים שקבלו פקדון עי' בנה"מ הל' שומרים סי' כ"ז ובשעה"מ בס"ק א' שכ' דהעיקר כהרמ"א הנ"ל דאין נעשו ערבים זה לזה וע' בס' מעיני החכמה בב"מ פ' א' ד"ה היכא כו' ובנחל יצחק בס"ק ב' ובהגהות חכמת שלמה מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף ב (ב) **בהג"ה** דאם לא נתברר כו'. עי' בנתיבות בס"ק ד' שמדמה שותף שלוה לאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית שלותה שהבעל חייב לשלם עבורה כו' והאריך בזה ועי' באורים בסי' ל"ו ס"ק י"ז שמחלק ביניהם יעוש"ה:

סעיף ה (ג) **וכפר** אחד והודה אחד כו' עי' בקצה"ח בס"ק ד' שכ' דאם המלוה טוען שמא נאמן דלא הוי נוגע כו' ובנתיבות בס"ק ו' השיג עליו וכ' דא"כ אפילו כשיש לו מגו ואינו נוגע ועי' באורים לעיל בסי' ל"ז ס"ק י"ג שכ' כהקצה"ח דבטוען המלוה שמא נאמן במגו ובנתיבות שם בס"ק ו' השיג עליו וס"ל כמ"ש כאן ועי' במשובב נתיבות ובדברי משפט בס"ק ג' ובבית יהודא ובדברי חיים בדיני עדות בסי' כ' ובס' נחל יצחק בסי' ל"ז ס"ק א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(ד) **מעידין** זה על זה. עי' בש"ך בס"ק ט"ו שהשיג על המהרש"ל בענין ג' הלוו מנה לא' כו' ועי' לעיל בסי' ל"ב בש"ך בס"ק ד' שהביא ד' מהרש"ל בשתם ולא השיג עליו ועי' מ"ש שם בס"ק ג' יעוש"ה ועי' בס' משנת דר"א שכ' על הש"ך דמעיקרא הוה סבר כוותי' הלכך אייתי לי' בסי' ל"ב ושתיק לי' ובתר הכי הדר בי' וכ' הכא שאין כ"ל עכ"ד. ועי' בס' נחלי מים מהגאון מהרי"מ מבריסק בסוף הס' בקונטרס עין המים סי' ח' מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף י (ה) **איש** ואשתו שלוו מאחד כו'. עי' בנתיבות בס"ק י"א ובב"ש באה"ע בסי' ק"ב ס"ק ח' ובבית מאיר שם יעוש"ה:

(ו) **אינה** נאמנת אלא במגו כו'. עי' בשעה"מ בס"ק ז' מה שהשיג על תשובת רמ"א בסי' ע"ב לענין מגו נגד השטר והאריך בזה ועי' לקמן בסי' פ"ב בכללי מגו בסי' ח' מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן עח

סעי' א' (א) **ותבעו** תוך זמן כו'. וכ' הסמ"ע בס"ק ב' דהיינו כשהנשבע טוען ברי אבל לא כשטוען שמא כו' ובש"ך בס"ק א' כ' דבמרדכי שם מספקא לי' וגם משמע שם דלא פסק דהנשבע פטור אלא בצירוף טעמים אחרים כו' והכי מוכח מתשובת הרא"ש שהביא הטור בסי' ע"א גבי יורשי ראובן שתבעו לשמעון כו' ואע"ג דהקובע זמן לחבירו א"כ לומר פרעתי הו"ז כו' והעדים צריכים דו"ח עכ"ד. ובתומים בס"ק א' כ' על הש"ך דזהו דוקא גבי יורשים דאינם יודעים אם פרע לאביהן דלא ה"ל למידע כו' ולא נגרע כח החזקה דא"פ בתו"ז אבל אם תובע גופי' טוען א"י אם פרע דה"ל למידע פשיטא דשמא כזו מגרע החזקה כו' די"ל. דלכך לא אתרע היאיל דגם הנתבע טוען שמא עכ"ד. ועי' בקצה"ח בס"ק א' שכ' נמי כן דהיכא דטענו שניהם ספק לא גרע חזקה דתו"ז מבשטר דנוטל המלוה בטענו שניהם שמא והיינו כהתומים אך אם המלוה בעצמו טוען שמא בזה מספקא לי' להקצה"ח אי

הוה כשטר דאמרינן ברי ושמא ברי עדיף א"ד כיון דחזקה דתו"ז אלים טובא ומהני למלוה אפי' בטוען שמא עכ"ד והניח בצ"ע. וכן ראיתי בשעה"מ בס"ק א' דס"ל דיורשים גובים אף דטוענים שמא והיכא דהמלוה בעצמו טוען שמא בזה מספקא לי' והניח בצ"ע. אך בטוענים שניהם שמא בזה ס"ל דגובה המלוה דלא גרע משטר והאריך בזה והיינו כהקצה"ח והתומים הנ"ל. ובנתיבות בס"ק א' השיג על התומים דבשמא ושמא ל"א חזקה דהא חזקת הגוף אלים טובא כו' ואפי"ה ל"א חזקת הגוף בטענת שמא כו' ומכ"ש בחזקה דאא"פ בתו"ז דהיא חזקה בינונית דלא מהני בטענת שמא וכן חזקת ג' שנים כו' ואינו מועיל בטענת שמא דהוי חזקה שאין עמה טענה וא"כ ה"ה הכא בשמא ושמא לא מהני והא דמהני בשטר שמא ושמא כו' דבשטר לא ריע טענתי' דמלוה כ"כ דסמיך אשטרי' ולכך אינו זוכר עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דהא חזקה דאא"פ בתו"ז בודאי אלים יותר מחזקת הגוף דהא בחזקת הגוף אין מוציאין ממון רק בברי ושמא אבל בברי וברי אין מוציאין ממון וכמבואר ברפ"ב דכתובות ט"ז א' ומחמת חזקה דאא"פ בתו"ז מוציאין ממון אפי' בברי וברי הרי חזינן דחזקה דאא"פ בתו"ז אלים יותר מחזקת הגוף ועי' במהרי"ט ח"ב באה"ע סי' כ"ז שכ' דהך חזקה דאא"פ בתו"ז הוי חזקה אלימתא דהוי חזקה הבאה מכח סברא דחשיב כעדים דאנן סהדי דלא פרע ועדיפא מחזקת הגוף:

וכ"כ במהרי"ק שורש ע"א דחזקה דאא"פ בתו"ז עדיפא מחזקת הגוף דהוי חזקה דאתיא מכח סברא הובא דבריו בבינת אדם בשער רוב וחזקה סי' ו' וכ"כ בתרה"ד סי' ר"ז דחזקה דאא"פ בתו"ז הוי חזקה אלימתא דקרי לה חזקה שאינה פוסקת. ועי' בישועות יעקב באה"ע סי' י"ז ס"ק א' מ"ש בזה וא"כ איכא למימר אף דמחמת חזקת הגוף אין מוציאין בשמא ושמא אבל מחמת חזקה דאא"פ בתו"ז דאלים יותר מחזקת הגוף מוציאין ממון אף בשמא ושמא וכן ראיתי בדברי משפט בס"ק ב' ובס' נחל יצחק ס"ק א' שהשיגו כן על הנתיבות ועי' עוד בדברי משפט מה שהשיג על ראי' הנתיבות מחזקת ג' שנים וא"כ לענין דינא נ' עיקר דבשניהם טוענים שמא מהני החזקה דתו"ז כמו בברי וברי דלא כהנתיבות אלא כהתומים והקצה"ח והשעה"מ הנ"ל וכן פ' הנחל יצחק בס"ק הנ"ל. אבל היכא דטוען התובע שמא והנתבע ברי בזה אינו גובה וכהסמ"ע והתומים הנ"ל וכ"כ הבית יהודא דתובע טוען שמא א"ג אף בתו"ז והאריך בזה וכן פ' בנחל יצחק בס"ק הנ"ל ועי' לעיל בסי' ע"ה ס"ק י"ג שהבאתי ד' השמן רקח חא"ח סי' ז' לענין א"י א"פ יעוש"ה. ולפ"ד נמי מוכח דהיכא דהתובע טוען שמא א"ג אף בתו"ז אך היכא דאיכא שטר וחזקה דתו"ז בזה האריך שם בנחל יצחק ומסיק דהוי ספיקא דדינא יעוש"ה. וביורשים הטוענים שמא דלא ה"ל למידע גובים בתו"ז וכהתומים והקצה"ח והשעה"מ הנ"ל ועי' בשערי בינה שער י"ג אות ז' מ"ש בזה ועי' עוד בבית יהודא מ"ש על התומים ועי' במלא הרועים אות פ' ענין פרעון תו"ז אות י"ג מ"ש בזה ועי' בתשובות רע"א סי' קל"ז מ"ש לענין תרי ותרי נגד החזקה דאא"פ בתו"ז ועי' לעיל בסי' ל"א ס"ק א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

(ב) **אא"פ** בתו"ז. עי' בשמן רקח ח"א סי' ע"ז ובמלא הרועים באות פ' פרעון תו"ז אות ט"ו ובתשובות רע"א הנדפס מחדש סימן ל"ז מ"ש לענין אי טוען פרעתיך בתו"ז פורתא פורתא אי נאמן או לאו והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ב (ג) **וי"א** דא"צ שבועה. בש"ך בס"ק ט"ו ובט"ז תמהו דכאן פ' דא"צ לשבע כלל ואף היסת לאחר הפרעון א"צ לשבע ובסי' ס"ז סתם כהמחבר דצריך לשבע היסת לאחר הפרעון ודוחק לחלק בין בשטר לבע"פ דלענין היסת לאחר הפרעון אין חילוק בזה. והכריע הש"ך דבכל ענין צריך היסת לאחר הפרעון אפי' במלוה בשטר ועי' בתומים בס"ק ז' ובנתיבות בס"ק ז' מ"ש בזה. ובשעה"מ בס"ק ז' כ' לחלק

לחלק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ לענין היסת וכו' לייסב דכאן יפה הכריע הרמ"א דשטר שהוא בתו"ז פטור מהיסת לאחר הפרעון כיון דאף במלוה ע"פ מהני החזקה דתו"ז להוציא ממון ע"י אלא דחייב היסת לאחר הפרעון ולכך כיון דאיכא נמי שטר המסייע לנתבע פטור אף מהיסת. משא"כ בסי' ש"ז דמיירי בע"פ כו' ונאמן לומר פרעתי ועיקר החיוב לשלם הוא משום דהוי תו"ז לכך אינו מועיל החזקה לפוטרו מהיסת דאין החזקה מועלת לו שלא להחזיקו בממון ולא לפוטרו מהיסת עכ"ד והאריך בזה. וכן ראיתי בהפלאה בקו"א בהל' כתובות סי' צ"ו ס"ק ו' שכ"כ דהיכא דחזקה עשתה פעולתה להוציא ממון שוב אין בכחה לפטור גם מהיסת יעוש"ה. ובד' הפלאה והשעהמ"ש אלו יש לייסב קושי' השערי בינה שער י"ג אות ה' שהק' על הב"ש באה"ע סי' ס"ח ס"ק כ"א ובסי' צ"ו ס"ק ח' שכ' דהיכא דחזקה מסייע לי' א"צ לשבע אפי' היסת. והק' מהא דכ' הש"ך בסי' ע' ס"ק י"ב בא"ל אל תפרעני אלא בעדים דצריך לשבע היסת. וכן מד' האורים בסי' פ"ב ס"ק ל"ב גבי טוען רבית ואמנה וכתבתי ללות כו' דהוי במקום חזקה ואפ"ה נשבע המלוה היסת עכקוש"י. והאריך בזה יעוש"ה. ולפ"ד ההפלאה והשעהמ"ש הנ"ל ניחא דגבי אל תפרעני אלא בעדים וגבי אמנה ורבית כיון דהתנאי והחזקות מועילות לענין ממון שוב אינם מועילים לפטור אף מהיסת. ועי' בס' משנת דר"א מ"ש בזה ועי' עוד בהפלאה בקו"א בסי' פ' ס"ק י"ח שכ' דהיכא דאיכא חזקה נגד החזקה דא"א תובע אלא א"כ יש לו עליו בזה א"צ לשבע היסת ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ו' מ"ש על ד' הפלאה דסי' צ"ו וסי' ה' הנ"ל להאריך בזה יעוש"ה :

סעיף ד (ד) **בסוף** היום כו' נאמן במגו. והתוס' והרא"ש והראב"ד ס"ל דא"נ במגו משום דהוי מגו דהעזה דלא חציף איניש למימר פרעתיך היום אבל רגיל הוא לומר פרעתיך אתמול ושכחתי. והובא דבריהם בש"ך בס"ק ט"ז. והק' הקצה"ח בס"ק ה' דהא בממון קי"ל דאמרינן מגו דהעזה כו' והתוס' אולי ס"ל דאפי' בממון ל"א מגו דהעזה כו' אבל אנן קי"ל דבממון אמרינן מגו דהעזה כו'. אמנם הראב"ד ס"ל דא"נ אבל לא מטעמייהו כו' אלא משום דהוי מגו במקום חזקה דרובא דאינשי לא פרעי ביומא דמשלם זמני' כו'. אבל צריך ביאור דמה בכך כו' כיון דאי טעין כך נאמן א"כ אית לי' מגו ולכן כ' לפמ"ש בסי' ק"ח כו' דל"א מגו במקום חזקה דהו"ז אלא דוקא לאחר זמנו דהוה הפה שאסר כו' כיון דאינו ידוע החזקה אלא על פיו אבל בעומד תו"ז אע"ג דאית לי' מגו א"כ במקום חזקה כו'. אבל ביומא דמשלם זמני' לאו מפיו אנו חיין כו' וא"כ החזקה ידוע לפנינו גם ביומא דמשלם זמני' כו' וא"כ ל"ש הפה שאסר כו' ואינו אלא מגו כו' ולזה כ' הראב"ד דלא מהימן במגו דהוא נגד החזקה דהו"ז ול"א מגו במקום חזקה אלא הפה שאסר עכ"ד. וכ"כ הקצה"ח בסי' ל"ז ס"ק י"א ובסי' ק"ח ס"ק ד' לחלק בין מגו להפה שאסר. אך בתוס' ב"ב ה' ב' ד"ה מי אמרינן מוכח דס"ל דאין לחלק בין מגו להפה שאסר וכמ"ש הש"ך בסי' ק"ח ס"ק ז' להוכיח כן מד' התוס' אלו. ועוד הוכיח שם מד' התוס' בפ' המוכר את הבית ע' א' ד"ה או דלמא דלא ס"ל לחלק בין מגו להפה שאסר יעוש"ה. וכן מוכח מד' המרדכי ב"ב שם סי' תס"ט דאין לחלק בין מגו להפה שאסר שכ' שם דר"מ הק' דאמאי אין אדם נאמן לומר פרעתיך בתו"ז במגו דאי בעי אמר מחלת לי ופי' מכאן דטענת מחילה טענה גרועה היא כו' עכ"ל. ולהקצה"ח קושי' הר"מ לק"מ דדוקא הפה שאסר אמרינן במקום חזקה אבל מגו לא והתם הוי מגו א"ו מוכח מד' המרדכי אלו דס"ל דאין לחלק בכך וכן מוכח מד' הרמ"א לעיל בסעי' א' שכ' וה"ה דא"י לומר מחלת לי בתו"ז והיינו מכח קושי' ר"מ הנ"ל ועי' בביאורי הגר"א שם בס"ק ב' וא"כ מוכח מד' הרמ"א נמי דס"ל דאין לחלק בין מגו להפה שאסר. וגם בלא"ה ד' הקצה"ח הנ"ל במה שכ' לפרש ד' הראב"ד דחוקים וקושי' הקצה"ח הנ"ל על התוס' י"ל כמ"ש התומים בס"ק ח' דהא בלא"ה הו"ל מגו במקום חזקה רק הואיל ואינו חזקה אלימתא אמרינן אבל בצירוף מגו דהעזה ג"כ ודאי ל"א עכ"ד. והיינו משום דהוי תרי מגו גרוע וכן כ' בשורש יוסף בכללי מגו דזהו הטעם דלא אמרינן מגו דהעזה לאפטורי משבועה משום דהוי תרי מגו גרוע יעוש"ה ואינו כעת ת"י. ועי' בס' תשואת חן בסי' מ"ב מ"ש והאריך בזה. וכן ראיתי בתרומת הכרי שכ' כעין זה לייסב קושי' הקצה"ח הנ"ל וכ' נמי לייסב בזה ד' הראב"ד כיון דאיכא חזקה כו' בעינן מגו מעליא טובא שלא יהי' תמורת המנהג עכ"ד ואכע"מ להאריך בזה :

(ה) **אבל** ליתמי דידי' לא טענינן. וכ' הש"ך בס"ק י"ז דלמ"ד לקמן בסי' ק"ח סעי' ד' דטענינן ליתמי מלתא דלא שכיחא א"כ ה"ה הכא וכ"כ הש"ך לעיל בסי' ס"ט ס"ק כ"ו דטענינן ליתמי אף נגד החזקה ועי' בש"ך לעיל בסי' ס"ב ס"ק ע"ו שכ' דמלתא דל"ש כלל כ"ע מודו דלא טענינן ליתמי וכ"כ עוד הש"ך בסי' פ"א ס"ק ז'. ובאמת חזקה מרעי לטענת הטוען יותר ממלתא דלא שכיחא דהא מגו דל"ש דעת הש"ך בכללי מגו סי' כ"ב דאמרינן ומגו במקום חזקה הוי בעיא דלא איפשטא ואפ"ה כ' הש"ך כאן ובסי' ס"ט הנ"ל דטענינן ליתמי אף נגד החזקה וד' הש"ך סותרים זא"ז. וכן ראיתי בס' כפות זהב בקונטרס רישא דדהבא אות ט' שהק' כן על הש"ך ועי' בשמן רוקח ח"א סי' ע"ז שהביא ראי' מהירוש' ברפ"ב דכתובות דבמלתא דל"ש כלל לא טענינן ליתמי ותמה על הש"ך דסי' ס"ט הנ"ל דהוא נגד הירושלמי והאריך בזה יעוש"ה. ולא הביא ד' הש"ך דסי' ס"ב הנ"ל שכ' להדיא דלא טענינן ליתמי מלתא דל"ש כלל וכן ראיתי בשערי בינה שער ח' אות כ"א שכ' דבמלתא דל"ש כלל לא טענינן ליתמי לכ"ע והביא ראי' מהירושלמי הנ"ל והאריך בזה. אך י"ל דאין ראי' מהירושל' הנ"ל והאריך בזה. אך י"ל דאין ראי' מהירושלמי דלא טענינן ליתמי מלתא דל"ש כלל די"ל דכוונת הירושלמי הנ"ל לפמ"ש הנתיבות בסי' ס"ט ס"ק י"א לייסב קושי' הש"ך בס"ק כ"ו שם דאף להסוברים דטענינן ליתמי נאמנו מ"מ לא טענינן להו בטענת ברי כיון דהוי מלתא דל"ש ע"כ היכא דאף טענת שמא מהני בזה טענינן להו אף במלתא דל"ש. אבל היכא דבעינן דוקא טענת ברי בזה לא טענינן להו במלתא דל"ש עכ"ד. א"כ י"ל דזהו כונת הירושלמי דהתם בטוענת בתולה נשאתני דאם טוען הבעל שמא נאמנת להוציא מאתים משום ברי וחזקת הגוף וכמבואר בכתובות י"ב ב' רק בטוען הבעל ברי דהיתה מוכ"ע אין מוציאין ממנו ע"כ ביתמי כיון דאין טוענים עבורם בתורת טענת ברי דהיתה מוכ"ע משום דהוי ל"ש מש"ה מוציאין מהם מאתים וכהנתיבות הנ"ל. אבל היכא דמהני טענת שמא בזה אין חילוק ואף במלתא דל"ש כלל טענינן ליתמי וכן ראיתי בס' נחל יצחק בסי' ס"ט ס"ק ב' שהביא ראי' מהירושלמי להנתיבות הנ"ל ועי' בבית יהודא שם שהשיג על הנתיבות והאריך בזה. אך י"ל שדברי הירושלמי הנ"ל כמ"ש הנחל יצחק א"כ משום דהוי רוב וחזקת הגוף דלא נעשית מוכ"ע ובכה"ג מוציאין ממון אף בברי וברי והאריך בזה יעוש"ה. אבל לענין מלתא דל"ש כלל אי טענינן ליתמי לא מוכח כלל מהירושלמי הנ"ל ושפיר י"ל דאף בל"ש כלל טענינן ליתמי והכעמ"ל בזה :

סעיף ה' (ו) **נשבע** הלוה היסת ונפטר. והוא בעיא בש"ס אי אמרינן מגו במקום חזקה ולא איפשטא ונקטינן קולא לנתבע וכ' הש"ך בס"ק י"ט ולפי"ז אם תפס המלוה אפי' בעדים לא מפקינן מיני' כו'. ועי' בש"ך בס"ק ה' שכ' דאף היכא שאין עדים בהלואה דמבואר בסעי' א' דנאמן במגו דלהד"ם אף בתו"ז תליא נמי בהאבעיא זו ומהני תפיסת התובע וכן משמע מד' התוס' ב"ב ה' א' ד"ה ובא בזמנו והרא"ש שם יעוש"ה. ואף דהוי מגו בעיקר החזקה אפי"ה אין חילוק ומהני תפיסת התובע וכן מוכח מד' התוס'

בכתובות

בכתובות י"ט א' ד"ה חזקה כו' דאין חילוק שכ' וז"ל הכא משמע דלא אמרינן מגו במקום חזקה ולרבנן אמרינן. ול"ע דבעיא היא בפ"ק דב"ב ולא איפשטא גבי תבעו אחר זמנו וא"ל פרעתיך בתו"ז עכ"ל. והא התם הוה מגו בעיקר החזקה ומאי קושי' להו להתוס' א"ו ס"ל להתוס' דאין חילוק בין מגו במקום חזקה ובין מגו בעיקר החזקה ועי' בפ"י שם ובקו"א שם אות כ"ז ובניעין י"ד א' ד"ה ולא פש מ"ש בזה. וכן ראיתי בס' טור האבן בסי' ע"ו ובשעה"מ בס"ק א' שהביאו ראי' מד' התוס' אלו והביאו עוד ראי' והאריכו בזה. ופ' כן דאף היכא דלא הי' עדים בהלואה מהני תפיסת התובע יעוש"ה. וה"ט משום דאף בתבעו אחר זמנו וא"ל פרעתיך בתו"ז אע"ג דהוי מגו מעליא והוי נמי כמו הפה שאסר וכמ"ש הש"ך בסי' ק"ח ס"ק ז' ואפי"ה מספקא לן ומהני תפיסת התובע א"כ ה"ה במגו דלהד"ם נמי מהני תפיסת התובע וכמ"ש בשעה"מ הנ"ל. וראיתי בהגהות מלא הרועים הנדפס מחדש בכתובות י"ח א' שכ' להוכיח דמגו בעיקר החזקה אמרינן מהא דאמרינן מגו בעיקר הנאמנות אף בנאמנות כבי תרי והק' מכח זה דליתני מודה ר"י כו' מנה לויתי ופרעתי תו"ז דנאמן כו' ואם יש עדים כו' א"כ עכקוש"י. ובאמת אין זה הוכחה די"ל כמ"ש השעה"מ הנ"ל מבוס דאף בתבעו אחר זמנו כו' אי נמי הפה שאסר כו' א"כ ה"ה נמי במגו דלהד"ם ועי' בטור האבן שם מה שדחה מהא דנאמנות וא"כ מנילא קושי' לק"מ. ועי' בס' גבעת פנחס מבעל הפלאה הנדפס מחדש בסי' ע"ו שכ' דמגו בעיקר החזקה אמרינן והביא ראי' מהא דנאמנות הנ"ל ולפ"ד הטור האבן שם אין ראי' ועי' בשערי בינה שער י"ג אות ד' מ"ש והאריך בזה. ועי' בהגהות קרני ראם הנדפס מחדש על המהרש"א בכתובות שם ד"ה משום מ"ש בזה לייסב קושי' המהרש"א שם ועי' לעיל בסי' כ"ט ס"ק ד' מ"ש לענין מגו בעיקר העדים. ועי' עוד לעיל בס"ק ד' ובסי' מ"ו ס"ק א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ועי"ש עוד בטור האבן ובתומים בס"ק ט' מ"ש טעם על הרמב"ם דלא הביא הך דינא דמגו במקום חזקה ועי' בקצה"ח בס"ק ז' מ"ש לענין אי צריך הלוה לשבע לפ"ד הנ"ל ועי' בבית יהודא מה שהשיג עליו והאריך בזה ועי' בס' מעין גנים מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ח' (ז) **אבל** בשהם הלואה כו'. עי' בתומים בס"ק י"ב ובקצה"ח בס"ק ח' ובס' משנת דר"א ובשערי בינה שער י"ג אות י"ג והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן עט

סעיף א' (א) **באומר** לא פרעתי דמי. עי' בשעה"מ בסי' ל"ב ס"ק א' שהק' דאמאי חייב לשלם והא כשהתובע אומר שלא נפרע הרי הוא מודה שהעדים שמעידים שפרעו הם שקרנים ופסולים לכל העדות שבטולם לפי דבריו וא"כ אמאי מאמינים להעדים לענין הלואה שלוה דהשתא לעדות אחרת פסולים לדידי' כ"ש לאותה עדות עצמה כו' עכקוש"י. והאריך בזה לייסב והעלה מכח זה דהעיקר כהראב"ד ופ' דדוקא כשהתובע טוען ברי חייב לשלם אבל בטוען שמא כיון דע"כ העדים משקרים בענין הפרעון אף בענין הלואה אין נאמנים עכ"ד. וכ"כ כאן בס"ק א' ועי' בנתיבות בס"ק א' שהק' נמי קושי' זו וכ' די"ל כמ"ש הר"ן בר"פ שבועות הדיינים די"ל דהעדים זוכרים יותר ממנו כו'. ולא ידענא מאי קאמר דהא הר"ן סיים שם וכיון דהכחשה ולאו הכחשה היא אין סומכין על עדותן לגמרי אלא עדותן מהני לבטולי שטרא בלחוד והוי תביעתו של מלוה כתביעה על פה שאין עלי' עדים שכל שהנתבע מודה מקצת נשבע עכ"ל. אבל הכא ממ"נ אם נימא שהעדים זוכרים יותר ממנו א"כ האמת הוא שלוה ופרע ואי נימא דמה שמעידים שפרע הוא שקר א"כ הם פסולים ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק נבי ז"ל אב"ד דסעמייטין. אך יש לייסב קושי' הנ"ל כמ"ש הנתיבות בסי' כ' ס"ק א' דהבע"ד אינו פוסל העדים נגדו רק כשמודה דבר שהוא לחובתו דנגד חובתו הודאתו כמאה עדים דמי ולזה פוסל העדים המכחישים הודאתו ואומרים זכותו ופסול אפילו לעדות אחרת נגדו אם רוצה להעיד לזכותו. אבל כשהוא אומר זכותו ועדים מעידים חובהו ומכחישים אותו אינו פוסל העדים ויכול להביאן לעדות אחרת כו' עכ"ד. וכן י"ל לפמ"ש האורים בסי' כ' ס"ק ב' דאמרינן שהעדים טעו. וא"כ י"ל שהעדים טועים ואולי נתן לו מעות על עסק אחר וסברי העדים שנתכוון בפרעון חובו וכיון דהלוה טוען לא לויתי הרי מודה שלא פרע ולכך חייב:

וגם לפמ"ש הרמב"ן הובא דבריו בחידושי הרי"מ בסי' ל' ס"ק י"ג דהיכא דאינו מועיל עדותן אינו נפסל דלא מקרי עדות שקר כלל כשאינו מועיל יעוש"ה. נמי ניחא קושי' הנ"ל. דאפי' משקרים במה שאומרים שפרעו אינם נפסלים כיון שהב"ד אינם מקבלים עדותם בזה לפי שהלוה אומר לא לויתי וכאומר לא פרעתי דמי. וכן ראיתי בחידושי הרי"מ בס"ק א' שהקשה קושי' זו ותי' עפ"ד הרמב"ן הנ"ל. ושוב ראיתי בברית אברהם האה"ע סי' ל"ה שהק' קושי' זו ותי' מסברא דנפשי' דכל היכא דלא הי' מועיל עדותו בב"ד לא מפסל אם משקר ולא הביא ד' הרמב"ן הנ"ל ומייסב בזה ד' השב יעקב והק' בזה על התומים דבכללי מגו אות כ"א כ' נמי האי סברא דהיכא דלא מועיל עדותו לא נפסל ובסי' זה ס"ק ב' הק' קושי' הנ"ל וסותר ד"ע דלפ"ד בכללי מגו לק"מ והאריך בזה יעוש"ה. וא"כ לפ"ד הרמב"ן כיון דקושי' הנ"ל לק"מ א"כ ממילא אינו מוכרח דינו של השעה"מ הנ"ל שכ' דאם טענו ספק והלוה אומר להד"ם ובאו עדים שלוה ופרע בכה"ג א"ל הנתבע לשלם כו'. די"ל דאפי' טענו בש' ומשיב לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרע חייב לשלם לכ"ע דהא יש עדים שלוה והוא מודה שלא פרע. אך ראיתי בחידושי הרי"מ שכ' דמד' הראב"ד והר"ן גבי פ' רבעי כו' מבואר דדוקא העדות שמעיד על עצמו אינו בגדר עדות שנפסל כשמעיד שקר כו' דע"ע לא הוי עדות אבל היכא שהוא בגדר עדות אף שאינו מועיל פסול כו' עכ"ד. א"כ הדרא קושי' הנ"ל לדוכתא אך י"ל כמ"ש בחידושי הרי"מ אח"כ לייסב קושי' הנ"ל עפ"ד התוס' בפ"ק דחולין י"ד א' גבי השוחט בשבת דבמעשה זו שנעשה מומר ע"י אינו פסול עדיין וכן בפסולי עדות בשעת מעשה עדיין לא יקרא שם פסול כו' והאריך בזה יעוש"ה. וכן יש לייסב עפ"ד הנתיבות והאורים דסי' כ' הנ"ל ועי' שם עוד בברית אברהם מ"ש לייסב קושי' הנ"ל וא"כ כיון דקושי' השעה"מ הנ"ל מיושב א"כ כ' עיקר לדינא דאפי' טענו בש' ומשיב לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרע חייב לשלם לכ"ע דהא יש עדים שלוה והוא מודה שלא פרע וכנ"ל ודלא כהשעה"מ הנ"ל ועי' לעיל בסי' כ' ס"ק א' ובסי' כ"ט ס"ק א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סעי' ג' (ב) **ואינו** כאומר לא לויתי מעולם. וכ' הש"ך בס"ק ט' דכוונתו דאלו אומר לא לויתי ובאו עדים שלוה אפי' אומר אח"כ נזכרתי שפרעתי ובאו עדים שפרעו א"נ. כ"כ הנ"י בפ"ק דמליעא עכ"ל. ועי' בס' כתונת פסים מ"ש בכוונת הש"ך בד' הנ"י ומייסב בזה קושי' הקצה"ח ס"ק א' על הנ"י יעוש"ה. וכבר קדמוהו בזה הנתיבות בס"ק ב' לייסב קושי' הקצה"ח ופי' כן ד' הנ"י כהכתונת פסים ועי' במשובב נתיבות שכ' על הנתיבות דפי' נכון בד' הנ"י:

סעי' ד' (ג) **שקבלתי** ממך מנה כו'. בקצה"ח בס"ק ב' הק' ממ"ש מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר כו' דאמרינן דמסתמא בתורת שאלה נתנו א"כ מטבע נמי כו' לא נימא בתורת הלואה ותי' דשאני הכא דהדרא בעיני' כו' להכי מוקמינן בחזקת מ"ק. אבל הלואה דהוי להוציאה ל"ש

לומר

לומר בחזקת בעלים הראשונים כו' בזה נאמן המקבל לומר דרך מתנה כיון דל"ש בזה חזקת בעלים הראשונים עכ"ד. ולפ"ד הקצה"ח אלו אם נתן לו דבר העשוי להשאיל ולהשכיר ונאנס החפץ מידו יהא נאמן לומר מתנה נתתי לו ופטור מלשלם דהא לגבי תשלומין ל"ש חזקת מ"ק ובאמת מסתימת הפוס' לא משמע כן ונ"ל לפי שהי' לו מעיקרא חזקת מ"ק בעת שהי' החפץ בעין ול"ע :

(ד) **ושמעו** שנתנו לו דרך הלואה כו'. עי' בקצה"ח בס"ק ד' מה שהק' על זה ועי' בדברי משפט בס"ק ד' מ"ש ליישב עפ"ד התוס' בכתובות ט"ו ב' ד"ה להחזיר כו' ומ"ש על ד' הבית יעקב שהביא הקצה"ח בסי' ע"ה ס"ק ד' והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף ה' (ה) **הוחזק** כפרן. בקצה"ח בס"ק ה' הק' דמי גרע כפרן מגנב וגזלן דדעת רוב הפוס' דבגזל בעדים א"צ להחזיר לו בעדים ואע"ג דהוחזק גזלן לממון זה ותי' דהוחזק כפרן לא הוי אלא דוקא בכופר לפני ב"ד כו' וגזלן דלא גזל אלא בפני עדים מש"ה לא הוחזק כפרן כו'. וכ' עפ"ז דין חדש דהיכא דנדונים על החפץ שתחת יד א' ובא אחר ותובע שלי הוא וחטפה לפני ב"ד כו' א"נ לומר החזרתי דכיון דהוחזק גזלן בפני ב"ד לא עדיף מהוחזק כפרן דא"נ לאותו ממון עכ"ד. ובאמת בבעה"ת שער מ"ט בשם הר"ר נתן בן ה"ר מאיר הובא דבריו בשעהמ"ש בסי' ל' ס"ק ט' הביא ראי' דהגוזל בעדים צריך להחזיר לו בעדים מהא דהוחזק כפרן דא"נ לומר פרעתי עד שיפרענו בעדים וכ"ש גזלן גמור דא"נ לומר פרעתי. וכ' השעהמ"ש שם דלדעת הסוברים דנאמן לומר פרעתי צ"ל דש"ה דהוחזק כפרן בב"ד גרע טפי כו' וא"כ ה"ה בהוחזק גזלן בב"ד א"נ לומר החזרתי כו' עכ"ד יעוש"ה והיינו כהקצה"ח הנ"ל. אבל באמת אין זה מוכרח די"ל כמ"ש בדברי משפט בס"ק ה' דאף דהוחזק כפרן א"נ לומר פרעתי היינו דוקא לאותו ממון דנעשה עליו הוחזק כפרן אבל לממון אחר כו' נאמן לומר פרעתי. וא"כ י"ל דוקא בהלואה דנשתעבדו נכסים לאותו הלואה דחייב ומש"ה כיון דהוחזק כפרן לאותו ממון א"נ לומר פרעתי. אבל בגזילה כ"ז דגזילה הוא בעין ביד גזלן לא נשתעבדו נכסי גזלן כלל לנגזל רק חייב לקיים והשיב את הגזילה ומש"ה אם גזלן טוען דהחזיר הגזילה נאמן כיון דגזילה אינה בעין כו' א"כ אי אפשר לחייב את הגזלן לשלם דהא הוי כמו ממון אחרת דלא נעשה עליו הוחזק כפרן דנאמן לומר פרעתי עכ"ד והאריך בזה. ועוד י"ל דשאני כפרן דכמו דאמרינן כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אע"ג דמודה דטען תחלה שקר שבאו עדים שלוה אמרינן כיון דלפי דבריו שאמר לא לויתי אין שייך לפרוע ודאי לא פרעו ה"נ יכול התובע לומר לדבריך הראשונים אני מאמין שאמרת להד"ם ולדבריך ודאי לא פרעתי ולזכותו א"כ כיון שיש עדים שלוה. אבל בגזלן ל"ש למימר הכי. וכן תירץ אותי הגאון מ' יצחק צבי ז"ל ומיישב בזה קושי' הש"ך ביו"ד סי' ד' ס"ק ה' שהק' ממ"ש הטור והמחבר לקמן בסי' שפ"ה במנסך יין חבירו לע"ז חייב לשלם. ולפי הנ"ל ניחא די"ל דה"ט דמצי למימר לדבריך הראשונים אני מאמין שאמרת שאתה מנסכו לע"ז וא"כ לפטור עצמו שכיון לצערו אע"ג שאנו תולין דנתכוין לצערו עכ"ד. וכיון דקושי' הקצה"ח לק"מ א"כ ממילא אינו מוכרח הך דינא שכ' הקצה"ח והשעהמ"ש הנ"ל ושפיר י"ל דאף בגזל לפני ב"ד נמי יכול לטעון החזרתי. ול"ע בזה כי גם מסתימת הפוס' משמע דאין חילוק בין גזל לפני ב"ד לבין גזל לפני עדים ועי' בשעהמ"ש בס"ק ג' מ"ש לענין היכא שטען על הפקדון להד"ם והוחזק כפרן ע"פ עדים וא"כ טוען שנאנס הפקדון אי נאמן בשבועה או לאו והאריך בזה ועי' בתשובות רע"א סי' קמ"ט מ"ש בזה יעוש"ה :

סעי' ט' (ו) **ובאו** שני עדים כו'. עי' בקצה"ח בס"ק ח' מה שהשיג על התומים בס"ק ח' מד' הר"ן בפ' כל הנשבעין וכן השיג על התומים בשערי בינה שער ו' אות כ"ג יעוש"ה :

(ז) **בהג"ה** אם לא שהוא מפורסם. עי' ש"ך ס"ק כ"ג שהניח דין זה בצ"ע ועי' באורים בס"ק כ"ז מ"ש ליישב ד' הרמ"א ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ב' מ"ש ליישב עפ"ז קושי' התומים והנתיבות בסי' קמ"ט ס"ק י' ומ"ש על הרמ"א והאריך בזה :

סעיף י' (ח) **שיכול** לתקן דבריו כו'. בשעהמ"ש בס"ק ה' הביא ראי' דמהני מגו בהוחזק כפרן מחידושי הרא"ה בר"פ האשה שנתארמלה גבי ולתני מודה ר' יהושע שהק' ולתני ומודה ר"י באומר חבירו מנה נתחייבתי לך והוחזקתי בו כפרן ופרעתיו לך דנאמן במגו ואם יש עדים שהוחזק בו כפרן א"נ ותי' דבהוחזק כפרן לא איירי הרי להדיא דמהני מגו בהוחזק כפרן עכ"ד. ולכאורה אינו ראי' דהא התם הוי מגו בעיקר הכפרנות והוי הפה שאסר לכך מהני אבל מגו י"ל דלא מהני בהוחזק כפרן ועי' לעיל בסי' ע"א בש"ך בס"ק ד' שמחלק כן לענין נאמנות דמגו בעיקר הנאמנות מהני; ונ"ל דהשעהמ"ש ס"ל דאין לחלק בין מגו נגד הוחזק כפרן ובין מגו בעיקר הכפרנות וכ"כ לעיל בסי' ל"ח ס"ק ב' דל"א מגו אף בעיקר העדים. ועי' בשעהמ"ש בסי' ע"ח ס"ק ח' שכ' נמי כן לענין מגו במקום חזקה דאף מגו בעיקר החזקה ל"א. אך עי' בשעהמ"ש בסי' ע' ס"ק ג' דס"ל דאמרינן מגו בעיקר העדים וסותר ד"ע ועי' לעיל בסי' הקודם בס"ק ד' ו' מ"ש בזה יעוש"ה ואכמ"ל בזה. ומ"ש עוד השעהמ"ש ראי' מהא דכ' הפוס' דהא דיכול לחזור בב"ד מפטור לפטור משום דנאמן במגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הא' עכ"ד. אינו ראי' לפמ"ש הנתיבות לעיל בסי' ע"ב ס"ק ל"ד וכאן בס"ק ד' ובקצה"ח בס"ק ט' ובסי' פ' ס"ק ג' דהא דיכול לחזור מפטור לפטור אין הטעם משום מגו רק הטעם הוא דכל דהוא פטור אינו נודקדק בטענות הבאות לפוטרו ואמרינן כאלו לא אמר כלל יעוש"ה. אך מ"מ לענין דינא נ' עיקר כהשעהמ"ש דמהני מגו בהוחזק כפרן. וקושי' השעהמ"ש על הבעה"ת י"ל דהכא ליכא מגו דודאי אם הי' עולה בדעתו דלשון אין לך בידי יש לפרשו פרעתי לא הי' עושה עצמו שקרן בב"ד ולא הי' אומר פרעתיך עתה וה"ל למימר מה שאמרתי אין לך בידי היינו שפרעתיך אז או דהי' סובר דלשון אין לך בידי משמע להד"ם וכמ"ש הרא"ש בשם רה"ג דס"ל הכי באמת לכך הי' ירא לתקן דבריו דסבר שהב"ד לא יקבלו פירושו לכך אומר עכשיו פרעתיך ובזה מיושב נמי קושי' השעמ"ש מתשובות הרשב"א שהביא הכ"מ בפי"ד מהל' מלוה כו' וה"נ ניחא דסמך על מה שיכול לתרץ דבריו עכקוש"י. ולפי הנ"ל נימא דאם הי' סבור שיכול לתרץ דבריו ודאי לא הי' אומר עכשיו פרעתיך והי' טפי מתרץ דבריו א"ו סבר שאין לך בידי ל"מ פרעתיך וא"כ על מה סמך להכי חשיב הוחזק כפרן. וכן תי' אותי הגאון מ' יצחק צבי ז"ל קושי' השעהמ"ש והעיקר לדינא כהבעה"ת וכן הוא דעת הטור והריטב"א :

סימן פ

סעיף א' (א) **מי** שטען בב"ד כו'. עי' בקצה"ח בס"ק א' שהביא בשם מוהר"ש הלוי דמהני אמתלא בממון כמו דמהני גבי איסור דאם הקילו בערוה החמורה כ"ש בממון הקל והביא ראי' בד' הרמב"ם בפ"ז מהל' טוען דמהני אמתלא בממון כו' ושכן פי' מוהרשד"ם. ומהר"א חסון נחלק עליו וס"ל דלא מהני אמתלא בממון כו' והקצה"ח הכריע כמהר"א חסון דלא מהני אמתלא בממון ודחה ראי' מוהר"ש הלוי והאריך בזה. ועי' באה"ע סי' קט"ו סעי' ו' בח"מ ס"ק כ"ב ובב"ש בס"ק כ"ד שכ' דאין אמתלא מועיל בממון ועי' בהפלאה בכתובות כ"ב ב' ד"ה חזר כו' ובקו"א שם בסי' קע"ו ס"ק ע"ז ובהמקנה בקו"א

בקו"א בסי' מ"ז סעי' ד' בהג"ה ובבית מאיר שם ובמו"ב מהדו"ק אהע"ז סי' ס' ובהגהות ר' ברוך פרענקיל שם ובש"ש שמעתא ו' פ' י"ב י"ג ובתרומת הכרי בסי' א' בהג"ה שם ובשערי תורה ח"א כלל ז' פרט ז' ח' ובס' נחל יצחק בס"ק א' ובס' ערוגת הבושם בסוף הס' בקונטרס חד"א ואמתלא מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(ב) **ונתחייב** בה כו'. עי' בקצה"ח בס"ק ב' שהביא בשם מהרי"ט אדרבי דכשטוען טענה שהוא סובר שפוטר את עצמו בה אע"פ שהדין לחייב יכול לחזור ולטעון והקצה"ח השיג עליו דאין חילוק והאריך בזה. ועי' בבית יהודא מה שהשיג עליו והאריך בזה :

סימן פא

סעי' ב' (א) **אבל** שכיב מרע כו'. עי' ש"ך ס"ק ז' שכ' דמלתא דל"ש לגמרי לא טענינן ליתמי לכ"ע וכ"כ הש"ך לעיל בסי' ס"ב ס"ק ע"ו ועי' לעיל בסי' ע"ח בס"ק ו' מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בס' משנת דר"א מ"ש בזה :

(ב) **וה"ה** אחרים שהודו לו. בש"ך בס"ק ח' כ' דהא דלא מהימן במגו משום דהוי כמגו במקום עדים דאנן סהדי דשתיקתו ודאי הודאה היא וכיון דודאי הודאה הוא ל"ל מגו כו' ומשמע מכאן דהיכא דהוי הודאה כו' אפי' אין העדים כאן והוא מודה כו' חייב לשלם לו ולא מהימן במגו דכיון דודאי הודה ודאי חייב לו עכ"ל. מד' הש"ך אלו מוכח דס"ל דאף מגו בעיקר העדים לא אמרינן וכן ראיתי בשאגת ארי' במכות ג' א' ד"ה אמר כו' שהוכיח כן מד' הש"ך אלו ועי' לעיל בסי' כ"ט ס"ק ד' ובסי' ע"ח ס"ק ז' מ"ש בזה יעוש"ה ואכמ"ל בזה :

סעיף ד' (ג) **שאם** התובע תופס ממון הנתבע כו'. וכ' הסמ"ע בס"ק י"ב אבל כשאין עדים יתבאר לקמן בסס"י פ"ז דאפי' בלא עדי הודאה יכול להתפיס בממונא כדי טענתו במגו דלהד"ם עכ"ל. ועי' בט"ז שהביא לשון הסמ"ע אבל אם יש לו עדים יתבאר לקמן כו'. וכ' עליו דתמוהים הם ואין להם ביאור וגירסא מוטעת נזדמן להט"ז בסמ"ע ולכן כ' עליו דתמוהים הם אבל לפי הגירסא שלפנינו בסמ"ע. שפיר ד' הסמ"ע ועי' בשעהמ"ש בס"ק ד' מה שהק' על דין זה ועי' בבית יהודא מה שמיישב קושי' זו ועי' בשערי בינה שער ו' אות ו' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ז' (ד) **לא** חששתי להשיבך. עי' בט"ז סעי' ב' מה שהק' על הרמ"א כו' ועי' בשערי בינה שם באות הנ"ל ובס' נחל יצחק בס"ק א' מ"ש ליישב קושי' זו ועי' בש"ך בס"ק י"ז שהביא בשם פסקי מהר"מ רקנטי משם ריא"ז דשתיקה כהודאה דמיא וכל היכא דיש לתלות שתיקתו בעבור שחשב בלבו מה לומר לא אמרינן שתיקה כהודאה כו' והביא ראי' לזה מב"מ ל"ז ב' כו'. ועי' בתומים בס"ק ט' ובתומים בסי' פ' ס"ק ג' ובנחל יצחק בס"ק ב' ובס' שערי תורה ח"א פרט י"ד מ"ש בענין שתיקה כהודאה והאריכו בזה יעוש"ה :

סעי' ח' (ה) **אתם** עדי כו'. עי' בקצה"ח בס"ק י' מה שהק' על התוס' בפ' הגוזל קמא ק"ח גבי תבעוהו בעלים כו' ומפ' מרובה ע"ד גבי מעשה דר"ג כו' ועי' בתרומת הכרי בסי' א' ובהג"ה שם מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סעי' י"ג (ו) **הביא** עדים בכולה כו'. עי' בקצה"ח בס"ק י"ג ובנתיבות בס"ק ז' ובמשובב נתיבות לענין טביעות עין דקלא אי מהני בממון ועי' לעיל בסי' ל"ה ס"ק ג' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

סעי' יד (ז) **שלא** להשביע כו'. עי' בתומים בס"ק ל"א מה שהביא תשובות פני משה בשם מהרי"י בן לב כו' והשיג עליו והאריך בזה ועי' בשעהמ"ש בס"ק א' שהשיג על התומים ודחה דבריו ופ' כהפני משה בשם מהרי"י בן לב והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף י"ז (ח) **בהג"ה** אבל אם נמצא כתוב אצלו כו'. עי' בתומים בס"ק כ"ה ובקצה"ח בס"ק א' מ"ש ליישב דיש חילוק בין ממונא לאיסורא כו' ועי' בקצה"ח בס"ק כ' הביא בשם הרדב"ז דבהודה להקדש לא שייך השבעה דירא מן ההקדש כו' והיינו כעין סברת הנתיבות הנ"ל :

סעיף כב (ט) **א"י** לחזור אלא תוך כ"ד. עי' ש"ך ס"ק כ"ו שכ' בפשיטות דאף בתבעו יכול לחזור כו' ועי' ביד המלך בפ"ט מהל' אישות הל' ל"א שכ' לחלק בין הודאות פיו לעדים כו' והאריך בזה. ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ד' מה שהאריך וכ' בזה יעוש"ה :

סעיף כג (י) **בהג"ה** מיהו יכול אח"כ לומר טעיתי כו' במגו דהחזרתי. דין זה הוא מתשובות מהר"ם במרדכי בפ' חזה"ב וכ' שם ול"ל דלאו מגו טוב הוא דדמיא למגו דהעזה דכי אמר טעיתי אין שכנגדו יודע שהוא משקר ואלו אמר החזרתי ליורשים יודעים שהוא משקר כו' אפי"ה אמרינן מגו כמו שהוכיח ר"י מפ"ב דכתובות גבי שדה זו של אביך היתה ולקחתי' ממנו דנאמן במגו דלא הי' של אביך מעולם אע"ג דבטענה דקטעין ולקחתי' ממנו אין שכנגדו יודע שהוא משקר אבל אי טעין לא היתה של אביך מעולם יודע שהוא משקר אפי"ה אמרינן מגו עכ"ל. והעתיקו הש"ך בס"ק נ"ט. ובשעהמ"ש בס"ק י"ג הק' על זה כיון דחזינן דלענין פטור שבועה ל"א מגו דהעזה כו' אלא לענין פטור ממון אמרינן מגו דהעזה כו'. וע"כ היינו דלענין לאפטורי משבועה לא טעין טענה שיש בה העזה בכדי לאפטורי משבועה משא"כ לפטור מממון הוא טוען אף טענה שיש בה העזה כו' זה שייך דוקא לגבי בע"ד עצמו שיש לו הנאה מהימן אבל היכא דס"ס אין הממון שלו ועד בעלמא הוא מי הפקיד בידו הממון הלזה. א"כ בכה"ג י"ל דל"א מגו דהעזה כו' כיון שאין מגיע לו שום הנאת ממון כו' כיון שבעיקר עדותו אין הדבר נוגע לו האיך יכולים אנו להאמינו במגו כיון דלא הוי מגו מעליא כו' וכן מוכח בתוס' בקידושין מ"ג ב' כו' דתי' דבטענה שנפטרים בה מממון בטוחים הם זע"ז שיאמרו דבר אחד. משא"כ גבי עדים שאין דרכא דממונא לגבי העדים לא הוי מגו כו' אין ע"א יודע מה בלב חבירו והרי התם כי אין מאמינים להם לומר שהיו אנוסים מחמת ממון הן צריכים לשלם להלוה שגרמו לו היזק בעדותן כו' וא"כ נאמר דניהימני לפטור א"ע מהממון כו' א"ו כיון דבעיקר עדותם אין הדבר נוגע להם לא הוי מגו וא"כ ה"ה לענין מגו דהעזה נמי נאמר כן דכיון דעיקר עדות ל"ש לגבייהו כלום לאו מגו מעליא הוא שאין רצונו להעיז עכקוש"י והניח בצ"ע. ובאמת לק"מ די"ל דעיקר הטעם דל"א מגו דהעזה לאפטורי משבועה משום דהוי תרי מגו גרוע אבל מגו דהעזה עצמו לענין ממון וכן מגו לאפטורי משבועה עצמו אמרינן וכ"כ בשורש יוסף בכללי מגו הובא דבריו בבאר יעקב בסי' פ"ב יעוש"ה. וא"כ אין חילוק בין לענין בע"ד ובין לענין עדות ובכל ענין אמרינן מגו דהעזה לענין ממון. ועי' בבית יהודא מ"ש ליישב קושי' השעהמ"ש הנ"ל הוכחה מקידושין דלהימני לפטור א"ע דלענין פטור ממון אמרינן מגו בכה"ג ומכח קושי' זו הוכיח דכיון דבעיקר עדותם אין הדבר נוגע להם לא הוי מגו עי' בשואל ומשיב ח"ד סי' ק"פ מ"ש ליישב זה ועי' לעיל בסי' כ"ט ס"ק ד' מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' עוד בשעהמ"ש בס"ק י"ד מ"ש לענין טעיתי היכא דא"כ אי צריך לשבע היסת לאחר הפרעון והאריך בזה ועי' בבית יהודא שהשיג עליו והאריך בזה יעוש"ה :

סימן

סימן פב

סעיף א' (א) **אלא** שטוען פרעתי נאמן. והטעם משום דנאמן במגו דאי בעי הי' אומר שהשטר מזויף. וכ' בט"ז דדוקא באותו פעם שהוא מודה שכ' הוא אומר הכ"ד אלא שפרעתי דאל"כ ה"ל מגו למפרע ול"נ וכמ"ש התוס' בכתובות עכ"ל. וכן הביא באורים בס"ק ד' ד' הט"ז אלו וכ' דפשוט הוא ועי' בשעה"מ בס"ק א' שהשיג על הט"ז מד' הרשב"ם והנ"י בפ' המוכר את הבית גבי המפקיד אצל חבירו בשטר כו' והאריך בזה והניח בצ"ע. ועי' בבית יהודא מ"ש עליו ועי' בס' כהונת פסים ב"ב שם מ"ש בזה יעוש"ה. ומ"מ לענין דינא נ' עיקר כהט"ז וכן פ' הנתיבות בחידושים בס"ק א' כהט"ז :

(ב) **ואפי'** אם כתב בו נאמנות אינו מועיל. עי' בשעה"מ בס"ק ב' שהביא ד' הרדב"ז בתשובה ח"א סי' קפ"ג בשטר עיסקא שהוציא אחד על היתומים במאתים והודה שקבל מאביהן מנה ופ' הרדב"ז דאינו גובה אלא נ' משום דמנה הנשארת הוי פלגא מלוה ופלגא פקדון וא"ג אלא מחצה כמו בשאר שטר עיסקא היוצא על היתומים. והק' עליו להפוס' דס"ל דלא טענינן ליתמי נאנסו והא דבשטר כיס א"ג אלא מחצה הוא משום דטענינן להו החזרתי במגו דנאנסו וא"כ הכא שמודה הנותן שקבל מנה א"כ הרי אית לי' להנותן מגו שלא הי' מודה כלל והי' גובה מחצה ול"ל דהוי מגו להוציא ז"א. הדא דבשטרא מעליא אמרינן מגו להוציא. ועוד דהא הטעם דל"א מגו להוציא משום דאינו מועיל מגו להוציא מחזקת ממון וא"כ הכא כיון שאין הנתבע נאמן נגד השטר אלא במגו דנאנסו א"כ פשיטא דמהני מגו של הנותן להחזיק את השטר שלו עכתוש"י והאריך בזה. ובאמת לק"מ די"ל דס"ל להרדב"ז כמ"ש הקצה"ח בס"ק י' ובסי' פ"ג ס"ק ה' דלא מהני מגו להוציא בשטר אלא בשטר דגבי בי' ממשעבדי דלית בי' אחריות נכסים דזה הוי כגבוי אבל בשטר שאין בו אחריות נכסים לא הוי כגבוי עכ"ד. וא"כ הכא כיון שלפי ד' הנותן פלגא מהמנה הוי פקדון וא"ג בו ממשעבדי ה"ל מגו להוציא דל"א. ול"ל דהשעה"מ לא ס"ל כהקצה"ח ומש"ה הק' על הרדב"ז אבל הרדב"ז שפיר י"ל דס"ל כהקצה"ח ולק"מ קושי' השעה"מ הנ"ל. ועי' לעיל בסי' מ"ג ס"ק ה' מ"ש בזה יעוש"ה. ועוד י"ל דס"ל להרדב"ז הנ"ל כמ"ש הנ"י ברפ"ק דמציעא ליישב קושי' התוס' דיהא נאמן דחציו שלו במגו דאי בעי אמר כולה שלו ותי' וז"ל ועוד שאלו הי' נוטל חצי' יותר הי' ניחא לי' לומר חצי' ושיטול כל תביעתו מלומר כולה שלי ושלא יטול אלא חצי' עכ"ל יעוש"ה. וה"ה כאן נמי א"כ במגו משום ה"ט. ומה שהק' עוד השעה"מ הנ"ל דפשיטא דמהני מגו של הנותן להחזיק את השטר שלו נמי לק"מ דכיון דא"י לגבות בהשטר לפי שהמקבל נאמן במגו ואין הנותן יכול לגבות אלא במגו לא מהני המגו להוציא ממון ולק"מ קושי' השעה"מ הנ"ל וא"כ נ' דדין זה של הרדב"ז הנ"ל הוי ספיקא דדינא :

(ג) **כגון** אמנה. בש"ך בס"ק ב' כ' דאפי' טוען דהעדים ידעו מזה ולפי דבריו העדים רשעים אפי"ה נאמן כיון דאית לי' מגו והביא ראי' מד' הנ"י והרב שכ' או שאמרו קטן הי' כו'. ובתומים בס"ק א' כ' דא"צ להביא ראי' מהנ"י דכן מוכח מהגמ' בכתובות י"ט א' דמוקי הא דאמר ר"ה דהאומר שטר אמנה א"נ מיירי דאמר לוה ורב ס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ולמה לא מוקמינן לי' דאומר שטר אמנה הוא והעדים ידעו מזה ולכ"ע א"נ ואצ"ל דוקא כמ"ד דא"צ לקיימו כו'. ועכצ"ל דבכה"ג למ"ד צריך לקיימו נאמן עכ"ד. ובאמת אין זה ראי' דאכתי לא ידע הש"ס דאמנה חשיב עולה דהא פריך הלא דקאמרי עדים כו' ואי דאין כת"י יוצא ממ"א אמאי לא מהימני וא"כ לרבא דהוי ס"ל ג"כ דאמנה לא חשיב עולה הוצרך ליישב כדר"ה דא"צ לקיימו דלמ"ד צריך לקיימו כמו שהעדים נאמנים לומר אמנה ה"נ הלוה נאמן. אבל למסקנא לאוקימתא דרב אשי דאמנה חשיב עולה והעדים א"נ ה"נ י"ל דאף הלוה א"נ והא דלא מוקי רב אשי דקאמר לוה וכדרב כהנא י"ל דאשמועינן רבותא דאפי' עדים דאלימי לאורועי שטרא אפי"ה א"נ לומר אמנה וכ"ש לוה דא"נ. ועוד דכיון דעיקר הטעם דאין הלוה נאמן משום דכיון שבאו לפסול העדים והם א"נ לומר אמנה לא עדיף מהעדים א"כ הולך רב אשי תחלה להשמיענו דהעדים א"נ וממילא ידעינן מזה דגם הלוה א"נ לומר אמנה וא"כ אין ראי' מהגמ' ומש"ה הוצרך הש"ך להביא ראי' מד' הנ"י והרב. וכן השיג על התומים חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטמייטין ועי' בקצה"ח בס"ק א' שהשיג על הש"ך דהוי מגו במקום עדים ואפי' ליכא עדים אלא מתוך טענתו א"נ וכדמוכח מעובדא דאורחא דנהר פקוד עכ"ד. ועי' בהפלאה בכתובות י"ט א' בתוס' ד"ה אימא כו' שכ' דכונת הש"ך הנ"ל דס"ל דמגו בעיקר העדים אמרינן וכמו גבי נאמנות לעיל בסי' ע"א והאריך בזה. ומה שהביא הקצה"ח ראי' מעובדא דנהר פקוד אינו ראי' דהתם ידוע לנו שיש שם מים אבל הכא הוי מגו בעיקר העדים וס"ל להש"ך דאמרינן ושפיר ד' הש"ך הנ"ל ועי' בס' נחל יצחק בס"ק א' מ"ש בזה בד' הירושלמי בכתובות בפ"ב הל' ה' והאריך בזה. ועי' לעיל בסי' כ"ט ס"ק ד' מ"ש לענין מגו בעיקר העדים והארכתי בזה יעוש"ה. ועי' בבית יהודא מ"ש על הקצה"ח והאריך בזה :

(ד) **קטן** הייתי. עי' ש"ך ס"ק ג' שכ' וא"כ צ"ל שאין כל החזקות שוות. עי' בס' משנת דר"א מ"ש על הש"ך ועי' לעיל בסי' ע"ח ס"ק ד' מ"ש בזה יעוש"ה :

(ה) **בהג"ה** ויש חולקין כו'. עי' בתומים בס"ק ג' שהוכיח מד' התוס' ב"מ י"ג ב' ד"ה הא קאמר ומד' התוס' בכתובות ל"ב ב' ד"ה דינא דס"ל כדיעה קמייתא דבמזויף הוחזק כפרן דהוי כאלו אמר לא לויתי כו' והאריך בזה בד' הרשב"א שלא יהיו דבריו סותרים זא"ז. ובאמת כן מוכח מד' התוס' בכתובות שם לפמ"ש דמיירי בטוען מזויף וכ' דהוחזק כפרן משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי הרי להדיא דס"ל כדיעה קמייתא ועי' בפ"י בכתובות י"ח ב' ד"ה אין נאמנים שכ' דהתוס' שם ס"ל כהרשב"א דבטוען הלוה מזויף לא הוי כאומר לא לויתי וכ"כ בקו"א שם אות כ"ו. ובאמת מד' התוס' הנ"ל מבואר להדיא דלא ס"ל כהרשב"א אלא כדיעה קמייתא שהוא דעת הנ"י סוף ב"ב וכן ראיתי בשערי בינה שער ו' אות י"ג שהשיג על הפ"י מד' התוס' כתובות ל"ב הנ"ל והאריך בזה. ובקושי' הפ"י הנ"ל עי' בבית יעקב שם ובס' חמדת צבי שם מה שתי' ד' התוס' יעוש"ה. ואינו מוכח כלום מד' התוס' דשם אלא העיקר בדעת התוס' דס"ל כהנ"י וכמבואר בדבריהם בכתובות וב"מ הנ"ל וכמ"ש התומים ועי' בבית יהודא מ"ש על התומים והאריך בזה ועי' בהפלאה שם י"ט א' ד"ה אין הלוה ובס' בית הלוי ח"ג סי' מ"ב אות ג' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ב' (ו) **אם** יש בע"ח מאוחר ממנו כו'. עי' בתומים בס"ק ד' ובשעה"מ בס"ק ג' ובגליון ש"ע מהגאון רע"א ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ס' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ג' (ז) **אומרים** לו הבא מעותיו כו'. עי' בגליא מסכת סי' א' וסי' י"ב ובתשובות בית אפרים חחו"מ סי' ז' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ה' (ח) **והכי** מסתברא. בסמ"ע בס"ק כ"ו הק' מאה"ע סי' צ"ו סעי' י"ב שפ' גבי אלמנה החשודה שכנגדה נשבע ונפטר כו' ובש"ך בס"ק י"ט תי' דדוקא בהלואה דעיקר חיוב הוא מדאורייתא כו' אבל כתובה אינו אלא מדרבנן הם אמרו כו' עכ"ד. וכן תי' הט"ז באה"ע שם כהש"ך. ובט"ז כאן כ' ליישב דדוקא גבי שבועת השבע לי דהיא שבועה קלה בזה הכריע המחבר דגובה משא"כ בשבועת פוגמת כו' והשיג על הסמ"ע שכ' לחלק בין כתובה לשאר שטרות דהא לא מצינו דפוגם

דפוגם שטרו חייב שבועה אלא במתניתין דהכותב גבי פוגמת כתובתה ומינה יליף בפ' הדיינים בפוגם שטרו ואי ס"ד דכתובת אשה שאני מש"ה כו' היאך יליף פוגם דחוב לענין שבועה מאשה הפוגמת. אלא ברור דאין לדברים אלו יסוד עכ"ד. וקשה לי לפ"ד הט"ז מה פריך הגמ' בשבועות מ"א א' וכי מה בין זה לפוגם שטרו הא יש לחלק דבפוגם שטרו והוא חשוד אינו גובה משא"כ בשבועת אשתבע לי דגובה אף דהוא חשוד. אך באמת לק"מ לפמ"ש הט"ז בעצמו לקמן בסי' פ"ד על הטור שם דהביא ד' רב האי דס"ל דבפוגם בתו"ז צריך שבועה. והק' הט"ז שם דא"כ מאי פריך וכי מה בין זה לפוגם שטרו ותי' דכונת הגמ' הוא דאם לא הוי חילוק רק בתו"ז א"כ ה"ל לתנא למחשב שבועת אשתבע לי דנשבע עכ"פ לאחר זמנו יעוש"ה. א"כ ה"ה הכא. דאף דנימא דיש חילוק ביניהם לענין חשוד דהכתי ה"ל לתנא למחשב שבועה זו באינו חשוד ושפיר ד' הט"ז. וכן ראיתי בס' נחל יצחק בס"ק ה' שתי' כן ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"א אות ב' מ"ש בזה יעוש"ה:

אך קשה על הט"ז מ"ש להשיג על הסמ"ע דהא לא מצינו דפוגם שטרו חייב שבועה אלא במתניתין גבי פוגמת כתובתה כו'. תמהני דהא מבואר להדיא בפ' הכותב שם פ"ז ב' בברייתא והפוגם שטרו שלא בעדים הרי להדיא דלא ילפינן פוגם שטרו מפוגמת כתובתה ועי' בש"ך לקמן בסי' ל"ב ס"ק י"ד שכ' להוכיח מד' רש"י בכתובות פ"ה א' גבי ההיא איתתא דאתחייבה שבועה כו' אפכא רבא אשכנגדה ופרש"י עובדא הוי שתבעה אדם ממון ואתחייבה ומדנחשדה הפכה אשכנגדה ומדלא פי' שנתחייבה לשבע על כתובתה ש"מ דס"ל לרש"י דמי שיש בידו שטר והוא חשוד נוטל בלא שבועה עכ"ד. וקשה דהא כ' הש"ך כאן דבכתובה דרבנן כ"ע מודים דאם היא חשודה תפקיד וסותר ד"ע. וכן ראיתי בחת"ס סופר חחו"מ סי' ע"ה שהק' כן על הש"ך והאריך בזה לייש' יעוש"ה. וראיתי שם בסי' ע"ו שכ' נמי לייש' מענין זה וכ' שם דחשוד על השבועה פשוט הוא דפסול לשבועה מן התורה ודבריו תמוהין דהא כ' התוס' להדיא בב"ק ק"ח א' ד"ה והרי כפילי דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמפסל יעוש"ה. הרי להדיא שכ' היפוך מד' החת"ס סופר ולא ראה החת"ס סופר הנ"ל ד' התוס' אלו שכתבו להיפוך ממ"ש ואכמ"ל. ועי' לקמן בסי' ל"ב ס"ק א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ועי' בנחל יצחק מ"ש לייש' ד' הש"ך והאריך בזה. ועי' בתומים בס"ק ו' ובכללי מגו ס"ק א' ובקצה"ח בס"ק ה' ובשעהמ"ש בס"ק ד' ובשערי בינה שער כ' דין ד' אות א' ובמעין גנים בסי' ל"א סעי' ב' ובאה"ע שם בסי' ל"ו סעי' י"א מ"ש והאריכו בזה. ועי' בדרוש וחדוש מהגאון רע"א בכתובות פ"ז א' ובתשובות רע"א בסי' קנ"ג מ"ש לענין אי שייך בכתובה שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך והאריך בזה ועי' בנחל יצחק בס"ק ו' מ"ש והאריך בזה:

סעי' י' (ט) **ישלם** אא"כ ויטעון כו'. עי' בשעהמ"ש בס"ק ו' מה שהק' על הרמ"א ביו"ד בסי' קס"ט דאמאי צריך המלוה לשבע יהא נאמן במגו כו' והאריך בזה. ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהק' נמי קושי' ותי' ועי' בבית יהודא מ"ש לייש' והשיג על דינו של השעהמ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעי' יא (י) **מחלת** לי. בקצה"ח בס"ק ז' כ' וז"ל והיא אינה טענה מצד עצמה אלא במגו דפרעתי וא"כ משמע דאמרינן מגו להשביע ועי' ב"ש באה"ע כו' דלא אמרינן מגו להשביע עכ"ל. ודבריו תמוהין דאדרבא מכאן מוכח כהב"ש דל"א מגו להשביע דהא כ' המחבר הא"כ ויש מי שאומר דמחילה כמו שטוען אמנה כו' ואי"ל להשביעו ואמאי א"י להשביעו יהא נאמן במגו דהי' טוען פרעתי והי' יכול להשביעו. אלא ע"כ דאין אומרים מגו להשביע והדיעה הראשונה דס"ל שדינו כמו שטוען פרעתי היינו משום דס"ל דמחילה בעצמה טענה מעליותא היא כמו פרעתי דאל"כ דאינה טענה מחמת עצמה אלא במגו דפרעתי קשה דהא כ' רמ"א יכול לטעון מחלת לי אע"פ שיש בו נאמנות דהנאמנות לא קאי אלא על הפרעון והא כשכתב בו נאמנות אין לו מגו דפרעתי ואפי"ה יכול לטעון מחלת לי אלמא דטענת מחילה בעצמה טענה מעליותא היא אף בלא מגו ודלא כהקצה"ח. וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג כן על הקצה"ח ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ז' מ"ש על הקצה"ח יעוש"ה:

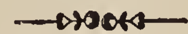
(יא) **בהג"ה** אע"פ שיש בו נאמנות. עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהק' על הרמב"ן דס"ל הכא דיכול להשביעו שלא מחל לו אפי' בלא מגו א"כ אמאי גובה תו"ז מיתמי תו"ז בלא שבועה נטעון שמא מחל לו להרמב"ן לשיטתו דס"ל לקמן בסי' ק"ח דטענינן ליתמי מלתא דל"ש וכיון דאביהן הי' יכול לטעון להשביעו שמחל לו אנן נמי נטעון כן בעד היתמי עכתוס"י והניח בצ"ע. ולפמ"ש התומים בס"ק ז' לק"מ דזה הוי מלתא דל"ש כלל ולכ"ע לא טענינן וכ"כ השעהמ"ש בס"ק ז' דזה הוי מלתא דל"ש כלל ועי' לעיל בסי' ס"ב בש"ך בס"ק ע"ו ובסי' פ"א בש"ך בס"ק ז' שכ"כ דבמלתא דל"ש כלל לכ"ע לא טענינן ליתמי ועי' לעיל בסי' ע"ח ס"ק ה' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ועי' בנחל יצחק בס"ק ז' שהוכיח מחמת קושי' הנ"ל כהנתיבות בסי' ס"ט ס"ק י"א שכ' דדוקא היכא דמהני אף טענת שמא בזה ס"ל להרמב"ן דטענינן ליתמי אף מלתא דל"ש. אבל היכא דבעינן דוקא טענת ברי בזה אף להרמב"ן לא טענינן ליתמי מלתא דל"ש והאריך בזה. ולפ"ד התומים והשעהמ"ש הנ"ל אינו מוכח כהנתיבות:

סעי' יב (יב) **ואם** ע"א אומר על תנאי הי' כו'. עי' בקצה"ח בס"ק י"א ובשעהמ"ש בס"ק ט' מה שהק' על הרמ"ה דהא הוי משאיל"מ והאריכו בזה ועי' לעיל בסי' מ"ו ס"ק כ"א ובסי' ע"ב ס"ק י"א מ"ש לייש' קושי' זו יעוש"ה ועי' בבית יהודא מ"ש לייש' קושי' זו ומ"ש על התומים בס"ק ט':

סעי' יג (יג) **נשבע** הלוה וגובה מאלה כו'. בר"ן בפ' שבועת הדיינים ובנ"י בפ' י"נ כ' הטעם משום שהוא פסלם שמכחיש דבריהם ואומר שלא פרע מאלה ולגבי עצמו נאמן אבל לא פסלינהו לגמרי כו' אלא לאו הכחשה היא לגמרי דאפשר שהוא אינו זוכר אלא מן המקלת והעדים זוכרים יותר וכיון דהכחשה ולא הכחשה היא אין סומכין על עדותו לגמרי ולא על השטר אלא עדותו מהני לבטולי שטרא בלחוד וה"ל כתביעה על פה כו' דכל שהנתבע מודה מקלת נשבע עכ"ד והובא דבריהם בש"ך בס"ק ל"ז. ומד' הר"ן והנ"י אלו יש סתירה להשעהמ"ש בסי' ל"ד ס"ק ע"ו שכ' להסתפק היכא דהעד ספק פסול ועד אחר עמו על שטר שהוא פרוע אי נאמנים להחזיק הנתבע בממון או היכא דשנים שהם ס' פסולי עדות מכחישים ב' עדים כשרים אי נאמנים לפטור את הנתבע כו' והאריך בזה. והוכיח מד' התוס' בכתובות כ"ב א' ד"ה תרי כו' ומד' המחבר בסי' ל"ה סעי' ו' דאין נאמנים דאין ס' מוציא מידי ודאי יעוש"ה. ומד' הר"ן והנ"י הנ"ל יש סתירה לדבריו דהא הכא נמי הוא ס' אם הוא מכחיש את העדים וכמאן דליתנהו דמי או שהעדים זוכרים יותר ממנו ואפי"ה א"ל לשלם כל השטר אלמא דס' פסול נאמן לסייע את הלוה. שוב ראיתי בס' ישועות ישראל בסי' ל"ד ס"ק י"ח שהשיג על השעהמ"ש מד' הר"ן והנ"י הנ"ל וראי' השעהמ"ש מסי' ל"ה דחה גם בסי' ל"ה יעוש"ה. ומה שהביא ראי' השעהמ"ש הנ"ל מד' התוס' בכתובות כ"ב נמי יש לדחות דש"ה דאיכא להאי גברא חזקת כשרות משא"כ שטר שעומד לפרעון לכך מספק א"ל לפרוע את כל השטר ועי' בס' מנחת חינוך מלוה ע"ה אות א' ובסוף הס' בקונטרס קומץ מנחה גם מ"ש בזה. ועי' בס' שערי תורה ח"א שער א' פרט ט' מ"ש בד' הר"ן והנ"י הנ"ל והאריך בזה ואכמ"ל בזה. ועי' בש"ך בס"ק הנ"ל שכ' דדוקא

דדוקא

דלוקא בשטר אבל אם תבעו בע"פ פטור משבועה והשיג על הב"ח שכ' דאפי' כתבעו בע"פ צריך לשבע ועי' בשערי בינה שער י"ד אות ד' שהשיג על הש"ך מד' הבעה"ת שהביא הש"ך בס"ק ל"ט דס"ל דבכה"ג שהלוה טוען שפרע מהלה ול"ל שטרך בידי מאי בעי כיון שהשטר נשאר על המותר . א"כ ה"ל כתביעה בע"פ וא"כ נשמע דעת בעה"ת דגם בע"פ נשבע הלוה עכ"ד . וכן מבואר להדיא ברא"ש בפ"ק דמציעא סי' ג' גבי עד המסייע כהב"ח שכ' וז"ל וכן פיו אם הי' בא א' ואמר אינו חייב כלום ואפי' שנים אומרים כן אינם פוטרים מן השבועה שחייב את עצמו דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי עכ"ל הרי להדיא כהב"ח וה"ט כיון דהוא מכחיש להעדים שהודה במקצת וכן השיג על הש"ך מד' הרא"ש אלו חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל. ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש ליישב קושי' הב"ח דאמאי לא נקט בטוענו בע"פ וכ' דל"ל הש"ך להוליד מזה דין חדש דבע"פ נאמן בלא שבועה הרי דס"ל כהב"ח וכן השיג בקצה"ח בס"ק י"ט על הש"ך והאריך בזה . וא"כ לענין דינא נ' עיקר כהב"ח דגם במלוה ע"פ צריך הלוה לשבע ודלא כהש"ך ועי' בתרומת הכרי כאן ובנתיבות בסי' ל' ס"ק ג' ובס' ישועות ישראל שם בס"ק ד' מ"ש על הקצה"ח והאריכו בזה. ועי' בשערי תורה כלל א' פרט ה' מ"ש והאריך בזה ועי' בס' מעין גנים מ"ש על ד' הש"ך דס"ק ל"ט והאריך בזה ועי' בס' ארץ צבי חחו"מ סי' ח' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :



כללי מגו

סימן א' **מגו** להוציא לא אמרינן לדעת רוב הפוס'. אך הרמב"ן והרשב"א והריטב"א ס"ל דאמרינן מגו להוציא ודעת הכנה"ג דאף הר"ן ס"ל דאמרינן מגו להוציא ועי' בשעהמ"ש בס"ק א' שהשיג על הכנה"ג וכ' דאישתמיטתי' ד' הר"ן בפ"ק דכתובות בסוגיא דפ"פ דל"א מגו להוציא עכ"ד . ובאמת לא מוכח מד' הר"ן מידי דז"ל הר"ן שם . וכי תימא בכה"ג נמי תהא נאמנת במגו דאי בעי אמרה כ:אנסתני תחתיך או מוכת עץ אני תחתיך י"ל דכיון דחזקה הוא דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה כל ברי וברי ל"א בי' מגו לאפוקי ממונא עכ"ל יעוש"ה. וכונת הר"ן הוא משום דהוי מגו במקום חזקה רק דהוי בעיא דלא איפשטא בפ"ק דב"ב אי אמרינן מגו במקום חזקה וכמו שהק' התוס' שם ע' ב' ד"ה לא כו' ע"ז כ' הר"ן כיון דהבעל מוחזק לא מהימנה במגו לאפוקי מהבעל כיון דהוי נגד חזקה דאין אדם טורח כו' וכדין בעיא דלא איפשיטא . אבל מגו להוציא גרידא שפיר י"ל דס"ל להר"ן דאמרינן וכמ"ש הכנה"ג הנ"ל וכן מוכרח דזהו כונת הר"ן דכדברי הר"ן הנ"ל מבואר בחידושי הרשב"א שם והא הרשב"א ס"ל דאמרינן מגו להוציא ואף אי נימא דהחידושי הרשב"א על כתובות מהרמב"ן הוא הא הרמב"ן נמי ס"ל דאמרינן מגו להוציא . ועכל"ל דכונת הרשב"א הוא משום דהוי מגו במקום חזקה ולא מהני להוציא וכן נמי כונת הר"ן הנ"ל ואין כאן שום השגה על הכנה"ג . אך אף דדעת הר"ן כדעת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א הנ"ל הוא מ"מ דעת רוב הפוס' דל"א מגו להוציא . והנה התוס' בריש ב"מ ד"ה וזה כו' הק' דיהא נאמן דחציו שלי במגו דאי בעי אמר כולה שלי כו' ותי'. ריב"ס דמגו להוציא לא אמרינן דבחציו השני מוחזק זה כמו זה עכ"ל . ולכאורה דבריהם תמוהים דכיון דחשיבי שניהם מוחזקים נוקי חזקה של זה נגד חזקה של זה ויועיל המגו . ול"ל דכונת התוס' לפמ"ש בס' שורש יוסף שורש ז' ענף א' הטעם דל"א מגו דהעזה לאפטורי משבועה משום דתרי מגו גרוע לא אמרינן דמגו לאפטורי משבועה הוא מגו גרוע ומגו דהעזה הוי מגו גרוע ומגו דהעזה ולאפטורי משבועה הוי תרי מגו גרוע ולא אמרינן והוי כמו תרתי לריעותא עכ"ד . והובא דבריו בס' באר יעקב ואינו כעת ת"י וא"כ ה"נ הוי מגו דהעזה מחצין לכולה וכמ"ש הנ"י בתי' הא' יעוש"ה . וזהו כונת התוס' הנ"ל כיון דבחציו השני אין זה מוחזק יותר מזה והוי מגו גרוע והוי נמי מגו דהעזה ותרי מגו גרוע ל"א מגו להוציא שאין זה מוחזק יותר מזה ומגו דהעזה ל"א . ושוב ראיתי בס' מלא הרועים ח"ג הנדפס מחדש בענין כל דאלים גבר שכ' נמי כן דכונת התוס' הוא משום דהוי מגו להוציא ומגו דהעזה והאריך בזה יעוש"ה . וניחא נמי בזה ד' הנ"י הנ"ל שתי' דמגו דהעזה ל"א . וכן הק' הפ"י שם על קושי' התוס' דהא הוי מגו דהעזה והא מגו דהעזה לענין ממון אמרינן וכמו שפ' הש"ך לקמן בסי' ו' ולפי הנ"ל ניחא דכונת הנ"י משום דהוי מגו דהעזה ולהוציא והוי תרי מגו גרוע וכן נמי כונת הפ"י הנ"ל . ואף דבקושי' ס"ל להתוס' דאמרינן מגו להוציא מ"מ הוי מגו גרוע ועם מגו דהעזה הוי תרי מגו גרוע וא"כ אין מוכח מהנ"י הנ"ל דס"ל דל"א מגו דהעזה לאפטורי מממון רק דכונת הנ"י משום דהוי תרי מגו גרוע וכמ"ש . וכן כ' המשל"מ בפכ"א מהל' מלוה דלכך ס"ל להנ"י בפ' הגוזל בתרא דבדברים העשוין להשאיל ולהשכיר א"כ לומר גנובים במגו דהשאלתים לך והק' על הרא"ש שם והיינו משום דס"ל להנ"י דהוי דמגו דהעזה ומגו להוציא והאריך בזה יעוש"ה. והיינו כמ"ש משום דהוי תרי מגו גרוע וזהו נמי כונת הנ"י דריש ב"מ הנ"ל ולפ"ד המשל"מ הנ"ל אין כאן השגה על הנ"י מה שהשיג עליו הש"ך בסי' ו' דמגו דהעזה לאפטורי מממון אמרינן כו' ולפ"ד המשל"מ הנ"ל ניחא דאף הנ"י נמי ס"ל דמגו דהעזה לאפטורי מממון אמרינן רק דהתם הוי תרי מגו גרוע מגו דהעזה ולהוציא בזה ס"ל להנ"י דל"א :

וכן ראיתי בתומים בסי' ד' שכ' כהמשל"מ הנ"ל דהתם גבי גנובים הוי מגו דהעזה ולהוציא . ול"ל דהש"ך ס"ל כיון דהוי ברי ושמא אף דהוי להוציא לא חשיב מגו גרוע ומש"ה משיג על הנ"י ועי' בשעהמ"ש בס"ק א' מה שהשיג על המשל"מ אבל על הנ"י דריש ב"מ שפיר י"ל משום דהוי תרי מגו גרוע וכנ"ל ומש"ה לא השיג הש"ך בסי' ו' על הנ"י דריש ב"מ משום די"ל דאף הנ"י הנ"ל ס"ל דאמרינן מגו דהעזה לאפטורי מממון רק דהתם הוי תרי מגו גרוע מגו דהעזה ומגו להוציא והוי כמו מגו דהעזה לאפטורי משבועה לד' השורש יוסף הנ"ל ועי' בס' תשואת חן סי' מ"ב שכ' נמי דתרי מגו גרוע לא אמרינן דהיינו מגו להוציא ולא שבוח והאריך בזה . ועי' לעיל בסי' ע"ח ס"ק ד' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח שם ס"ק ה' עפ"ד השורש יוסף הנ"ל והבאתי ד' התומים שם בס"ק ח' שכ' דמגו במקום חזקה ומגו דהעזה ודאי ל"א יעוש"ה . והיינו משום דהוי תרי מגו גרוע וכנ"ל ועי' לעיל בסי' פ"א ס"ק י' מ"ש ליישב קושי' השעהמ"ש בס"ק י"ג עפ"ד השורש יוסף הנ"ל ועי' בתומים בסי' א' שהק' על הרמב"ן הנ"ל מכתובות פ"ז ב' גבי פותחת דמקשה הגמ' האי שערא הספא בעלמא הוא ופי' התוס' משום דהוי מגו להוציא וקשה לד' הרמב"ן והאריך בזה ליישב . ובנתיבות בסי' א' סי' דהא למאן דס"ל דאמרינן מגו להוציא עכל"ל על קושי' התוס' דריש ב"מ הנ"ל משום דהוי מגו מממון לממון כו' ולפ"ז א"ש דבשלמא שם בהא דשערי זייפא ס"ל להרמב"ן דאמרינן מגו אף להוציא כיון דאין המגו רק על ממון זה משא"כ בפותחת אין כאן מגו ממ"נ דאם יטעון שהשטר מאלף זהובים אמת רק שפרע המותר הרי תהי' פוגמת וא"ת שהשטר אמת ומגיע לה הכל הרי מגו מממון לממון עכ"ד . הנה מ"ש דעכל"ל דס"ל להרמב"ן דל"א מגו מממון לממון אינו מוכרח די"ל דהרמב"ן ס"ל כמ"ש הנ"י בריש ב"מ הנ"ל משום דהוי מגו דהעזה או כתי' הב' של הנ"י שם :

וכן ראיתי בחידושי הרמב"ן ב"ב ל"ב ב' ד"ה אמאי כו' שכ' כתי' הב' של הנ"י יעוש"ה . אך אפי' אי נימא דס"ל להרמב"ן דאמרינן מגו מממון לממון מ"מ שפיר י"ל כהנתיבות עפ"ד השורש יוסף הנ"ל דמגו מממון לממון לחוד אף דאמרינן מ"מ הוי מגו גרוע וכן מגו להוציא הוי מגו גרוע ומגו להוציא ומממון

וממכנון לממון הוי תרי מגו גרוע ול"א ושפיר ד' הנתיבות הנ"ל. ועי' בס' טור האבן דסי' ט"ו שהביא ראי' מד' התוס' הנ"ל דאף מגו בעיקר החזקה ל"א דהא הטעם דל"א מגו להוציא משום דהוי מגו במקום חזקת ממון והתם הוי מגו בעיקר החזקה דאי טעין כולה שלי אז לא הי' לו חזקת ממון אפי"ה כיון דבדבורו החזיק לחבירו כו' הוי מגו במקום חזקה ול"א עכ"ד יעוש"ה. ולפמ"ש דכונת התוס' משום דהוי תרי מגו גרוע א"כ אין מוכח מזה דל"א מגו בעיקר החזקה. והנה התוס' שם כ' דמגו דאי בעי שתיק אמרינן אף להוציא וכ"כ בפסקי תוס' שם אות ב' והפוס' לא הביאו דין זה ונ"ל משום דאנן קי"ל כרב יוסף בזוזי דס"ל דהיכא דהי' מוכרח לשקר תחלה לא אמרינן מגו להוציא בכה"ג אף במגו דאי בעי שתיק. ועי' בתוס' ב"ב ל"ב ב' ד"ה אמאי כו' וכ"כ בשעהמ"ש בסי' פ"ג ס"ק ה' לפרש כן ד' הסמ"ע שם בס"ק י'. ועוד דבלא"ה ד' התוס' סתרי אהדדי דבסוף פ' המקבל קט"ז א' ד"ה והא כו' כ' דרבה ס"ל דאמרינן מגו להוציא ועי' בגליון הש"ס שם ובשעהמ"ש בס"ק א' מ"ש בזה ומש"ה השמיטו הפוס' דין זה. והנה לפ"ד הפוס' רב יוסף דס"ל בב"ב שם דאף דהלוקח הוחזק בקרקע אפי"ה ל"א מגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים א"כ תקשי עליו ממתניתין דריש פ' האשה שנתארמלה דתנן ומודה ר"י באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתי' ממנו נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואמאי מהימן במגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים. וכן הק' בתומים בסי' קמ"ע ס"ק ט' ותי' משום דהוי כברי ושמא דאמרינן מגו להוציא והאריך בזה. וכן ראיתי בשעהמ"ש בס"ק הנ"ל שהק' קושי' זו ותי' כיון דהיורש א"י אם לקחה מאביו אמרינן מגו להוציא בברי ושמא עכ"ד. והוכיח מזה דאף להוציא מהיורשים אמרינן מגו בברי ושמא והיינו כהתומים הנ"ל. אבל באמת בלא"ה לק"מ די"ל דהכא הוה הפה שאסר כו' דעדיפא ממגו ואמרינן אף להוציא ועי' בש"ך לקמן בסי' ק"ח ס"ק ז' ובקצה"ח שם בס"ק ד' ובסי' ל"ז ס"ק י"א ובסי' ע"א ס"ק ה' שכ' להלק כן לענין מגו במקום חזקה בין מגו להפה שאסר. ועי' תוס' ב"ק ע"ב ב' ד"ה אין לך כו' שכ' לחלק בין מגו להפה שאסר לענין עדים יעוש"ה. כן י"ל לענין מגו להוציא דהפה שאסר אמרינן אף להוציא. והכא הוי הפה שאסר לפרש"י שם דמיירי שאין הלה תובעו וא"כ י"ל דהתוס' דב"ב שם בשם ריב"ם שכ' דטעמא דרב יוסף משום דה"ל מגו להוציא ס"ל כרש"י בכתובות הנ"ל דמיירי שאין הלה תובעו והוי הפה שאסר:

וכן ראיתי בנתיבות בסי' קמ"ע ס"ק ט' שכ' דהפה שאסר אמרינן אף להוציא וכ"כ בבית שמואל אחרון חו"מ סי' מ' דהפה שאסר אמרינן אף להוציא. ועי' בס' נחל יצחק בסי' ל"ז ס"ק א' שכ' נמי כן ליישב קושי' הנ"ל משום דהוי הפה שאסר וכ' דל"ד לד' התוס' דריש ב"מ הנ"ל שכ' דה"ט דרבה משום מגו דאי בעי שתיק והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בס' בית הלוי ח"ג סי' ל"ג אות א' מ"ש בזה ולפ"ד התוס' ב"מ קט"ז א' וב"ב הנ"ל שכ' דרבה ס"ל דאמרינן מגו להוציא יש ליישב קושי' הב"ה בסי' רל"ו שהק' לשיטת הפוס' דס"ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה. א"כ מאי פריך רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע יהא נאמן במגו הא ל"א מגו לאפטורי משבועה עכקוש"י. ולפ"ד התוס' הנ"ל ניחא. דהנה הסמ"ע והש"ך לקמן בסי' רל"ו ס"ק א' הביאו בשם הע"ש הטעם לחלק בין ממון לשבועה דלא הקילו לפטור מכח מגו כ"א כדי להשאיר הממון ביד בעליו דקשה על הז"ל להוציא ממון מיד בעליו עכ"ד. וא"כ להפוס' דס"ל דאמרינן מגו להוציא ל"ל ה"ט משום דקשה להז"ל להוציא ממון מיד בעליו דהא אף להוציא ממון אמרינן מגו וא"כ ה"ה נמי דאמרינן להנך פוס' מגו לאפטורי משבועה והתם פריך רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע. ולפ"ד התוס' הנ"ל ס"ל לרבה דאמרינן מגו להוציא א"כ שפיר פריך דיהא נאמן במגו דכופר הכל ואף דהוי מגו לאפטורי משבועה מ"מ לרבה לשיטתו דס"ל דאמרינן מגו להוציא ה"ה דאמרינן לדידי' נמי מגו לאפטורי משבועה ומיושב שפיר קושי' הב"ה. וכמדומה לי שכן כ' בחמדת שלמה בחידושיו לכתובות י"ה בסוגיא דמודה ר"י ואינו כעת ת"י ועי' בס' עזרת יהודה בסי' ע"ט מ"ש בזה. ולהתוס' דריש ב"מ הנ"ל ל"ל או כמו שתי' הב"ה שם או כמו שתי' התומים בסי' קי"ג או כמו שתי' הנתיבות בסי' כ"ח יעוש"ה. ועי' בקצה"ח בס"ק ע' מה שהק' מסי' קל"ח סעי' א' ומ"ש בזה. ועי' בשערי בינה שער כ' דין ב' אות ד' ובס' משנת דר"א בסי' קל"ח ובס' נחל יצחק בתפיסה בדררא דממונא בסי' ג' מ"ש בזה. ועי' בבית שמואל אחרון חו"מ סי' ס' ובבית יהודא מ"ש בד' התוס' דב"מ הנ"ל יעוש"ה. והעיקר לדינא דלא אמרינן מגו להוציא ועי' בתומים בסי' א'. ומיהו בברי ושמא כ' הש"ך בסי' א' ובסי' ע"ו דאמרינן אף להוציא מהא דמשארסתני נאנסתי כו' והוא מד' ס' הכריתות והגהות מרדכי בריש ב"מ ועי' בתומים בסי' ד' שהק' על התוס' ב"ב כ"ב ב' ד"ה דברים כו' שכ' בשם הר"ר דודי דמש"ה א"כ לומר גנובים במגו דהשאלתים לך משום דהוי מגו להוציא ול"א והא התם הוי ברי ושמא דהא התובע טוען ברי שנגנב לו והנתבע א"י אם נגנב מאתו או דזבניניהו ואפי"ה ל"א מגו להוציא. ומכח זה כ' לדחות ד' הכנה"ג שכ' להוכיח דמגו להוציא גוף החפץ אע"פ שמחזיר לו הדמים ל"א מד' התוס' אלו. ודחה דהא התם הוי ברי ושמא ול"ל כתי' ר"ת בתוס' שם וא"כ אין ראי' לדין זה דמגו להוציא גוף החפץ. ואח"כ כ' די"ל דהוי תרתי מגו דהעזה ומגו להוציא ל"א אף בברי ושמא עכ"ד וכן הק' בשעה"מ בפ"ח מהל' טוען הל' ז' וכ' נמי ליישב משום דהוי תרי מגו גרוע מגו דהעזה ומגו להוציא ול"א אף בברי ושמא ואח"כ דחה זה מד' התוס' בס"פ המקבל הנ"ל שכ' על הי' ה"ר דודי ומיהו למ"ד בפ' חזה"ב דאמרינן מגו להוציא ל"ל כפי' ר"ת והשתא אם איתא מאי קושי' התם שאני דהוי מגעיז למעיז מש"ה נאמן באומר אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הי' לי ואירכס במגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא א"ו דלא שנא עכ"ד וכ' אה"כ דדעת התוס' דל"א מגו להוציא אף בברי ושמא יעוש"ה:

וכן ראיתי בשעהמ"ש בס"ק א' שכ' דכונת התוס' הנ"ל הוא משום דהוי תרי מגו גרוע מגו דהעזה ומגו להוציא וא"כ דחה מד' התוס' בפ' המקבל הנ"ל אך כ' דדברי התוס' סותרים זא"ז מהא דריש ב"מ הנ"ל ועי"ש עוד בשעה"מ שהוכיח ממתניתין דרפ"ב דכתובות הנ"ל באומר שדה זו של אביך היתה כו' ואף דהוי מגו דהעזה ומגו להוציא ואפי"ה נאמן המחזיק במגו כו' עכ"ד. ובאמת אין זה ראי' די"ל דה"ר דודי הנ"ל לא ס"ל כהריב"ם בתוס' ב"ב ל"ב ב' ד"ה אמאי כו' שכ' דזה מקרי מגו להוציא אלא ס"ל כר"י בתוס' שם שכ' דטעמא דר"י משום דהוכרח לשקר תחלה וא"כ אין ראי' מהא דפ"ב דכתובות הנ"ל דהתם לא מקרי להוציא כיון דהמחזיק מוחזק בקרקע אבל מגו דהעזה ומגו להוציא שפיר י"ל דל"א אף בברי ושמא וכהתומים הנ"ל. וכן ראיתי בשערי בינה שער כ' דין ט"ז אות ה' שכ' די"ל דמגו דהעזה להוציא ל"א דהוי כמגו דהעזה לאפטורי משבועה דל"א כו' וכ' דדברי התוס' הנ"ל סותרים זא"ז והאריך בזה יעוש"ה והיינו כהתומים והשורש יוסף הנ"ל ועי' בבית יהודה סי' ע"ב סעי' י"ב מ"ש על ד' התומים הנ"ל דהש"ך שם נמי ס"ל כן והאריך בזה. ובתומים שם הביא ראי' לדבריו וכ' דבזה ניחא מה דמקשים בהא דאמרינן האומר פ"פ מצאתי נאמן להפסידה כתובתה ומהדר גמ' למצוא סייעתא וקשה הא מדר' יהושע מוכח כן דאל"כ בטוענת מ"ע אני למה ס"ל לר' דא"כ הא יש לה מגו דבתולה היתה א"ו דא"כ. אבל להנ"ל ניחא כיון דהוי העזה וגם להוציא ל"א אף בברי ושמא עכ"ד. ודבריו תמוהים דהאיך יביא הש"ס ראי' מזה דהא קתני שם ברישא הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים משמע להדיא דמיירי בטענת דמים וסיפא' דהיא אומרת מ"ע אני ג"כ ארישא קאי ולא בטענת פ"פ וא"כ איך תאמר בתולה הייתי והיכן בתולים שלה. ועוד דהא אמרינן ברפ"ב דכתובות ט"ז א' דלר"י לא מהני מגו

היכא

היכא דהוי בחוץ לפניך וא"כ מה בכך אפי' יש לה מגו דבתולה הייתי לא מהני לר"י כיון דאיכא ריעותא והוי בחוץ לפניך. וכן השיג על התומים הגאון חותני הגאון מ' יצחק נבי ז"ל אב"ד דסטמייטין ועי' בס' מעין גנים מ"ש על ד' התומים הנ"ל בענין מגו דהעזה ולהוציא אי אמרינן והאריך בזה יעוש"ה. ובאמת קושי' התומים והסמ"ע והשעהמ"ש מד' התוס' דב"ב הנ"ל לק"מ די"ל כמ"ש הנתיבות בס"ק א' לפ"מ דקאמר הגמ' בפ"ב דכתובות ט"ז א' דלא אמר ר"ג אלא בברי ושמא אבל לא בברי וברי והק' הרא"ש הא בנתארמלה היורשים טוענים שמא ותי' כיון דאנן טענינן להו הוי כטענת ברי אלמא אף דלגבי משארסתני נאנסתי לא ה"ל להבעל למידע מ"מ חשיב טענת שמא ומ"מ גבי יורשין כיון דטענינן להו הוי טענת ברי ומודה בי' ר"ג א"כ ה"נ גבי לוקח כיון דטענינן ללוקח הוי כברי וברי דל"א בי' מגו להוציא עכ"ד:

וראיתי בקצה"ח בס"ק י"ב שהק' על הש"ך דסי' קל"ג שכ' דהתוס' ס"ל דכיון שנותן הדמים לא הוי מגו להוציא וה"ר דודי ס"ל דזה הוי ג"כ בכלל מגו להוציא והק' מד' התוס' בריש ב"מ הנ"ל שתי' דהוי מגו להוציא והא בז"א כולה שלי מוקמינן לה במקח וממכר כו' והוי מגו להוציא אע"ג שאינו אלא בגוף החפץ דהא הדמים אינו מפסיד ומפני זה כ' דהא דס"ל להתוס' דנאמן לומר גנובים במגו דהשאלתים לך היינו משום דס"ל דאמרינן מגו להוציא בברי ושמא כו' ואע"ג דלא ה"ל למידע ובכ"מ היכא דלא ה"ל למידע לא חשיב שמא אפי"ה כיון שזה טוען ברי מהני נגדו להוציא ואע"ג דטוענים ליורש וללוקח התוס' לשיטתי' דס"ל דטעמא דיורשים פטורים בחמשים ידענא וחמשים לא ידענא אינו אלא משום דלא ה"ל למידע איהו נמי פטור כו' וא"כ לא עדיף הלוקח בשמא דידי' אלא משום דלא ה"ל למידע וגבי ברי ושמא דאמרינן מגו להוציא הוא אפי' בשמא גרוע דלא ה"ל למידע עכ"ד. וכ"כ הקצה"ח בסי' קל"ג ס"ק ז' דלשיטת התוס' דטענא דיורשים פטורים משום דלא ה"ל למידע כו' א"כ ה"ה נגד לוקח דטוען שמא אע"ג דלא ה"ל למידע אמרינן מגו להוציא. אבל הרמב"ם ס"ל דטענא דיורשים פטורים כו' דטענינן להו טענתי' דאבוהון כו' ה"ל נמי טענתי' דלוקח כמו טענת ברי ולא מהני מגו להוציא ומש"ה ס"ל להרמב"ם דא"נ במגו לטעון גנובים. והתוס' והרא"ש והסמ"ג והמרדכי ס"ל דנאמן במגו כו' עכ"ד. וכן ס"ל להתומים והסמ"ע והשעהמ"ש הנ"ל ומש"ה הק' שפיר מד' התוס' הנ"ל ועי' בס' מנחת הבקר בב"מ קט"ז א' ובריש ב"מ מ"ש והאריך בזה יעוש"ה. אבל לפ"ד הנתיבות לק"מ קושי' הנ"ל ועי' בנתיבות בסי' קל"ג ס"ק ח' שהשיג על הקצה"ח הנ"ל וכ' דטענת יתומים ולוקח הוי טענת ברי כיון דטענינן להו והביא ד' הרא"ש דכתובות הנ"ל והיינו כמ"ש כאן ועי' בבית יהודא ס"ק ב' שהשיג נמי על הקצה"ח מד' הרא"ש הנ"ל. וכ' דמ"ש הרא"ש בפ' הכונס דטעמא דיורשים משום דלא ה"ל למידע היינו משום דגבי חמשים ידענא וחמשים לא ידענא א"ל דמש"ה פטורים דמה דאנן טענינן הוי כטענת ברי דהא בטענת ברי צריך לשבע וכ"ז דאינו נשבע משלם לכך הוצרך לומר דמש"ה פטורים משום דגם אביהם פטור בלא ה"ל למידע. אבל לגבי מגו להוציא כו' שפיר י"ל דביורש ולוקח דטענינן להו ל"א מגו להוציא כו' דהוי כטענת ברי וכמ"ש הרא"ש בכתובות כו' עכ"ד. ועי' עוד בבית יהודא בסי' ע"ה ובסי' קל"ג מ"ש על הקצה"ח והאריך בזה יעוש"ה. ולק"מ קושי' התומים והסמ"ע והשעהמ"ש הנ"ל וקושי' הקצה"ח מד' התוס' דריש ב"מ הנ"ל לק"מ דקושי' התוס' אינו אלא על מציאה ולא על מקח וממכר ובזה כ' התוס' שפיר דהוי מגו להוציא. אבל במו"מ לא הוי מגו להוציא כיון שנותן הדמים דעכ"ל דקושי' התוס' הוא רק על מציאה ולא על מו"מ דהא לפי דעת הרי"ף שם שכ' דאוחזין לאו דוקא רק דאיירי דאפי' עדיין הטלית ביד המוכר וא"כ איך נאמן במגו הא הוי מגו במקום ע"א דהא המוכר אומר שלא קבל רק מהשני ולא ממנו והוי כמו נסכא דר"א ב"ב ל"ד א'. אלא ע"כ צ"ל דקושי' התוס' לא קאי רק על מציאה ובמציאה שפיר תי' התוס' דהוי מגו להוציא. אבל במו"מ לא מקרי מגו להוציא כיון שנותן הדמים ולק"מ קושי' הקצה"ח הנ"ל. וכן ראיתי בס' בית הלוי ח"ג סי' ל"ג אות ב' שתי' נמי כן דקושי' התוס' לא קאי רק על מציאה יעוש"ה ובלא"ה ל"ק קושי' הקצה"ח הנ"ל לפמ"ש לעיל דעיקר כונת התוס' הנ"ל הוא משום דהוי תרי מגו גרוע. ועי' בבית יהודא שם מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח הנ"ל ועי' בשערי בינה שער כ' דין ב' אות ד' ובנחל יצחק בקונטרס דררא דממונא הנ"ל שכ' דהעיקר כהטעם הב' של הש"ך בסי' קל"ג שם משום דהוי מגו להחזיק בחזקת מ"ק. ועי' בב"ה הובא בש"ך בסי' א' שהק' דמאי פריך הגמ' בריש פ"ב דכתובות מ"ש האי מגו מהאי מגו הא במשארסתני נאנסתי הוי מגו להוציא ובשדה זו של אביך היתה הוי מגו להחזיק הקרקע דידי'. ועי' בתומים בסי' י' ובנתיבות בסי' א' ובחידושי הרי"מ בס"ק א' ובשעה"מ שם מ"ש ליישב קושי' זו. ועי' בשערי בינה שער כ' דין כ"ה אות ח' מ"ש בדין מגו להוציא בברי ושמא והאריך בזה יעוש"ה:

והנה היכא דאיכא שטרא מעליא אמרינן מגו אף להוציא והוא מד' התוס' ב"ב ל"ב ב' ד"ה והלכתא והביאו ראי' מהא דאמרינן בהכותב פ"ה א' מגו דיכלי למימר להד"ס יכלי נמי למימר שטלאי ניכהו אע"ג דמגו להוציא ל"א שאני התם דאיכא שטרא עכ"ל. והובא בש"ך בס"ק כ"ט וכן פ' בדיני מגו בסי' א' והטעם כ' הבעה"ת בשער י"ז ובתשובות המיוחסת להרמב"ן סי' ק' משום דהוי כגבוי. והכנה"ג הק' דהא לא קי"ל כב"ש דס"ל דשטר העומד לגבות כגבוי דמי וכ' לחלק דלענין כמה דברים הוי כגבוי והובא דבריו בתומים בסי' ח' ועי' בס' נחל יצחק בסי' י"ב מ"ש בד' הכנה"ג והאריך בזה יעוש"ה. ובתומים כ' הטעם דאמרינן מגו להוציא במקום שטרא לפמ"ש בהגהות מרדכי בריש ב"מ דבמקום שיש חזקה או ברי עם המגו אמרינן מגו להוציא כדאיתא בכתובות גבי משארסתני נאנסתי דנאמנת במגו מה"ט וא"כ כיון דשטרא בידו ויש כאן חזקה דשטרך בידי מה בעי א"כ החזקה מסייע למגו ואמרינן אף להוציא אבל בשטר מזויף דלא שייך שטרך בידי מה בעי ל"א מגו להוציא עכ"ד והאריך בזה. ובאמת ד' הגהות מרדכי הנ"ל תמוהים במ"ש כדאמרינן גבי משארסתני נאנסתי וזה לא נמצא שם בכתובות דחזקה עם מגו מהני להוציא רק דזה מבואר שם דחזקה או מגו בהדי ברי מהני להוציא וזהו הני תרי ליטנא בגמ' שם. וכן ראיתי בס' בית הלוי ח"ג סי' י"ח שהק' כן על הגהות מרדכי וכ' דיש ט"ס בהגהות מרדכי וצ"ל דחזקה או מגו בהדי ברי מהני להוציא והאריך בזה יעוש"ה. אך באמת כונת הגהות מרדכי הנ"ל דכי היכא דמהני ברי עם חזקה לפי תי' הב' הנ"ל ה"ה דמהני מגו עם חזקה להוציא ממון דלא גרע מגו מברי ואדרבא עדיפא דהא כמה פוס' ס"ל דאמרינן מגו להוציא ובברי לכ"ע לא מהני להוציא ממון וכיון דברי עם חזקה מהני להוציא ה"ה דמגו עם חזקה מהני להוציא ממון ולפ"ד הגהות מרדכי הנ"ל נ"ל ליישב ד' התוס' בגיטין י"ז א' ד"ה מפני מה שכ' דמשום דמזונות להוציא מבעלה לא תקנו זמן דבלא"ה נאמנת במגו דאי בעי תטמין את גיטה והיתה אומרת שלא נתגרשה עכ"ל. ולכאורה קשה דהא הוי מגו להוציא וכן הק' בחידושי רע"א שם והאריך בזה ליישב. וכן ראיתי בס' יד המאיר בגיטין שם שהק' קושי' זו ותי' דקאי לרבה דס"ל דאמרינן מגו להוציא והאריך בזה יעוש"ה. ולפ"ד הגהות מרדכי הנ"ל ניחא לפמ"ש הפ"י שם בתוס' ד"ה משום כו' דכונת התוס' משום דהוי תרתי הרי גרושה לפניך וחזקת כשרות אבל בל"ז הוי מוקמינן אחזקת א"א דמעיקרא עדיפא אף דאיתרע כעת וא"כ לענין מזונות דליכא הך חזקה דהשתא חזקה דמעיקרא עדיפא וכיון שיש לה מגו וחזקת א"א מהני אף להוציא וכ"ד הגהות מרדכי הנ"ל דמגו עם חזקה מהני להוציא ושפיר ד' התוס' הנ"ל. וכן ראיתי בדברי חיים בדיני גיטין סי' ז' שתי' כן ד' התוס' ועי' בתומים בסי' י' מ"ש בד' הגהות מרדכי הנ"ל ועי' בהגהות מיימוני בפט"ו מהל'

טוען ונטען אות ע' שכ' וז"ל והא דאמרינן דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי במגו דיכולה לומר מוכת עץ אני תחתיך והוי מגו להוציא היינו משום דהיא בחזקת בתולה וגם היא טוענת טענת ברי והבעל טענת שמא עכ"ל. משמע דס"ל דבברי ושמא לחוד לא אמרינן מגו להוציא וכן בחזקה לחוד ל"א מגו להוציא רק היכא דאיכא תרתי ברי וחזקה אז מהני המגו להוציא דלא כהר"ש והגהות מרדכי הנ"ל. ושוב ראיתי בשעה"מ שם שכ' דמוכח מד' הגהות מיימוני אלו דבברי ושמא ל"א מגו להוציא וצ"ל דס"ל להגהות מיימוני הנ"ל כיון דאיכא תרי אוקימתא בגמ' דלחדא הוי טעמא משום מגו ולאידך משום חזקה א"א להוציא ממון מס' עד דאיכא כולהו טעמים בהדי הדדי וכ"כ הפ"י בכתובות בקו"א אות ל"ט דכן הוא נמי דעת הרמב"ם דאין להוציא ממון עד דאיכא כולהו טעמא בהדדי יעוש"ה :

אך ראיתי ביש"ש בפ' הגוזל בתרא סי' ל' שהביא ד' הגהות מיימוני הנ"ל וכ' בכונתו דס"ל דבברי ומגו לחוד או ברי וחזקה לחוד מוציאין ממון יעוש"ה. והיינו כהר"ש והגהות מרדכי הנ"ל ודלא כהשעה"מ בדעת הגהות מיימוני וצ"ל דמ"ש בהגהות מיימוני הנ"ל וגם היא טוענת טענת ברי כו' הוא וא"ו המחלקת ובלשון או כן צ"ל לפי פי' היש"ש בכונת הגהות מיימוני ועי' בשערי תורה ח"א כלל י"א פרט א' שהביא ד' הגהות מיימוני הנ"ל. וכ' דיש לפרש דבריו בתרי אנפי או דס"ל כהר"ש והגהות מרדכי הנ"ל דחדא מנייהו בהדי מגו מהני ומ"ש וגם היא כו' הוא וא"ו המחלקת ובלשון או. או דס"ל דבעינן כולהו למעליותא דהיינו ברי וחזקה בהדי מגו אז מהני להוציא ממון וא"כ מ"ש וגם היא כו' הוא וא"ו החיבור והביא ד' היש"ש הנ"ל. ותמה עליו דאמאי הביא ראי' מהגהות מיימוני שאינו מוכרח כל כך ואמאי לא הביא הר"ש והגהות מרדכי הנ"ל שכ"כ להדיא וגם תמה דאמאי לא הביא ד' המרדכי בפ' המפקיד סי' רפ"ב בשם מהר"ם בר ברוך כו' והאריך בזה יעוש"ה ולא הביא ד' השעה"מ הנ"ל. ובאמת יש סברא דבברי או בחזקה או בשטר עם המגו מהני להוציא ממון לפמ"ש בשמן רקח ח"א סי' ז' אות י"ב דהמוחזק בממונו מקדם יש לו מעלה וסברא דמעלה יש לו שהרי הממון בידו ולא יהא אלא תופס וגם יש לו סברא דאמרינן מצד הסברא דהממון שלו דאוקי ממונא בחזקת מ"ק כו' ואם באנו להוציא ממנו צריכים אנו לשקול נגד סברא שלו סברא אחרת שיהי' עכ"פ בנושא אחד וגם שיהי' עכ"פ איזה סברא כל דהו לדחות את המעלה כי את המעלה בסברא כל דהו דחינן כו'. ועכ"פ לדברי ושמא אמרינן מגו להוציא דיש להמלוה ב' סברות טענת ברי ומגו ולהלוה אינו רק סברא ומעלה עכ"ד והאריך בזה לענין א"י א"פ. א"כ ה"ה חזקה עם המגו או שטר עם המגו דהוי נמי משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי מהני להוציא ממון דהא יש להמלוה ב' סברות חזקה ומגו או שטר ומגו ולהלוה אינו רק סברא ומעלה ועי' לעיל בכללי תפיסה סי' ז' ובסי' ע"ה ס"ק י"ג מ"ש בד' השמן רקח הנ"ל יעוש"ה :

והנה הש"ך בסי' ע"ו הק' על הר"ש והגהות מרדכי הנ"ל שהוכיחו דאמרינן מגו להוציא בברי ושמא מהא דמשארסתני נאנסתי ומנ"ל להוכיח כן דהא בלא"ה ניחא דהוי במקום שטרא שטר כתובה ואמרינן מגו להוציא כו' וכ' לחלק בין כתובה לשט"ח ועי' בקרבן נתנאל בפ' הכותב סי' כ"ג אות ק' שהשיג על הש"ך מד' הרא"ש דשם ועי' בתומים בסי' הנ"ל מ"ש ליישב עפי"ד דכל מעליותא של שטר משום דמסייע חזקה דשטרך בידי מאי בעי והתם גבי משארסתני נאנסתי דל"ש ה"ט ל"מ מגו עם השטר כתובה להוציא עכ"ד. ועי' בתוס' ב"ב כ"א ב' ד"ה קבל כו' ומד' הרא"ש שם משמע דלא כהתומים דהא התם ל"ש לומר שטרך בידי מה בעי די"ל דלגלויי זוזי הוא דבעי ואפ"ה משמע מד' התוס' והרא"ש שם דאמרינן מגו להוציא במקום שטרא יעוש"ה. ועי' בדברי משפט בס"ק ב' שהביא ראי' מד' התוס' אלו להש"ך בס"ק כ"ט והאריך בזה ועי' בקצה"ח בס"ק י' ובנתיבות בסי' ב' ובבית יהודא בס"ק ז' ובדברי משפט בסוף הס' בחידושים של בן המחבר שם ובשערי בינה שער כ' דין כ"א אות ד' ובהגהות אמרי ברוך מ"ש ליישב קושי' הש"ך הנ"ל. ועי' עוד בשערי בינה שם ובדברי משפט ובס' נחל יצחק בס"ק א' מ"ש על הש"ך בס"ק כ"ט במה שדחה ד' הבעה"ת וכ' דמהני מגו להוציא בזה דהוי שטרא מעליא יעוש"ה. ועי' עוד בקצה"ח בס"ק הנ"ל ובסי' פ"ג ס"ק ה' שכ' דלא מהני מגו להוציא בשטר אלא בשטר שגובה ממשעבדי ועי' לעיל בס"ק ב' שכתבתי די"ל דהרדב"ז נמי ס"ל כהקצה"ח יעוש"ה ועי' בנחל יצחק בסי' פ"ג ס"ק ג' מ"ש על ד' הקצה"ח ועי' עוד בתומים בסי' הנ"ל שהק' על עיקר דין זה דמגו להוציא במקום שטר דעיקר הראי' הוא מהך דשטראי בכתובות פ"ה א' והק' מד' הרא"ש שהביא הרמ"א לעיל בסי' כ"ח כו' ועי' בבית יהודא בס"ק א' מה שהשיג על התומים והאריך בזה ומד' תשובת המיוחסת הנ"ל והיא דהרשב"א כידוע וא"כ מוכח דס"ל להרשב"א דל"א מגו להוציא. ובאמת הפוס' כ' בשם הרשב"א דס"ל דאמרינן מגו להוציא וכן ראיתי בשערי תורה ח"ב כלל כ"א פרט ב' שהק' כן והאריך בזה יעוש"ה ועי' בתקפו כהן בסי' ק"ל ובתומים בקיצור ת"כ סי' ק"ל ובנו"ב מהדו"ק חחו"מ סי' ה' ובשערי תורה ח"א כלל א' פרט ב' מ"ש בזה ועי' עוד בשערי בינה מ"ש בזה ובד' הגהות מרדכי הנ"ל :

והנה להעמיד הקרקע ביד המחזיק אמרינן מגו ולא מקרי להוציא וכ"כ הש"ך בסי' א' ובכנה"ג וכ' התומים בסי' ט' וה"ה למערער היכא דאית לי' מגו לא מקרי להוציא כיון דאית לי' חזקת מ"ק וקרקע בחזקת בעלי' עומדת והביא ראי' מד' התוס' ב"ב ל"ג ב' גבי אי טעין ואמר לפירות הורדתיו כו' וכ"כ הנתיבות בסי' ה' וכן יש להוכיח מד' הגהות מרדכי הנ"ל וכן לפי ד' השמן רקח הנ"ל נמי מוכח כן ועי' בקצה"ח בס"ק י"ג שכ' דה"ה היכא דהמערער אינו מוחזק בקרקע וגם אין לו חזקת מ"ק אפי"ה אמרינן מגו והביא ראי' מד' התוס' בסוף כתובות גבי עשאה סימן לאחר כו' ומשום דקרקע אין לה חזקת ממון אלא חזקת מ"ק מש"ה יכול המערער להוציא מיד היושב בה היכא דאית לי' מגו וכ' דמזה כ' דה"ה במטלטלין היכא דעומד ברה"ר דאין שום אחד מהם מוחזק אע"ג דאית לי' חזקת מ"ק מהני מגו נגד חזקת מ"ק ודוקא בממון דאיתא תחת ידו ממש דהוא אלים טובא בזה הוא דל"מ מגו להוציא עכ"ד ועי' בשערי בינה שער כ' דין ז' שיטה א' דמוכח מדבריו דלא ס"ל כהקצה"ח ולא מהני מגו להוציא במטלטלין היכא דאין שום אחד מהם מוחזק מחזקת מ"ק ועי' עוד בשערי בינה שער י"ט אות ג' מ"ש בזה ועי' לעיל בכללי תפיסה סי' ב' מ"ש והארכתי בזה ובענין ברי נגד המ"ק ובענין רוב נגד המ"ק יעוש"ה. ולענין מגו להוציא מחזקת א"א הגה הכנה"ג כ' דלא אמרינן ועי' בתומים בסי' ה' שכ' דמד' הפ"י בכתובות כ"ב ב' משמע דיש לו מגו דלאו א"א היא וכ' לחלק דשם הוי הפה שאסר דלא אתחזקה אלא מפיו אבל אם בלא"ה יש לה חזקת א"א לכ"ע ל"א מגו עכ"ד. וגבי ממון נמי אמרינן הפה שאסר להוציא וכמ"ש לעיל ולא עדיף דבר שבערוה מממון דילפינן מיני' ועי' בחוות דעת בכללי ס"ס סי' כ"ז ובתורת גיטין בחידושיו לגיטין ס"ד א' ובבית יעקב בכתובות כ"ג א' ובחמדת שלמה בתשובה חאו"ח סי' י"ח שכ' דל"א מגו להוציא מחזקת א"א וכהכנה"ג והתומים. אך הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ז כ' דאמרינן מגו להוציא מחזקת א"א ועי' לעיל בסי' ל"ג ס"ק א' מ"ש והארכתי בזה והבאתי שם קושי' השערי תורה ח"ב כלל ל"ג פרט א' שהק' על הח"ד הנ"ל מנ"ב קל"ד א' דמהני מגו בדבר שבערוה מהא דאמרינן התם בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן משום דבידו לגרשה ותרצתי שם עפ"ד הר"ן בקידושין ס"ד א' דמגו דבידו עדיף ואף בממון מהני כה"ג יעוש"ה :

ובעת ראיתי בשערי תורה ח"א כלל ט"ז פרט ט' שהוא בעצמו תי' קושי' עפ"ד הר"ן הנ"ל אך הביא ד' הש"ך לעיל בסי'

בסי' ס"ט ס"ק י"ז דס"ל דאף מגו דבידו לא מהני להוציא והאריך בזה ועי' בתומים בסי' ג' מה שהביא בשם הכנה"ג והסכים עמו לענין אם תפס אחד משל חבירו כו' לא מועיל טענתו נגד התופס דה"ל מגו להוציא וכ"כ הנתיבות בסי' ו' ועי' בקצה"ח בס"ק י"א שהשיג על התומים ועי' בשערי בינה שער כ' דין ב' אות ד' שהשיג נמי על התומים והאריך בזה ועי' בבית יהודא ס"ק ג' מה שהשיג על הקצה"ח והאריך בזה יעוש"ה. והנה הכנה"ג הביא בשם הרדב"ז דאם יש הדבר ביד שליש ובידו לתנו אמרינן מגו להוציא וכ' התומים בסי' ו' דהיכא דיש להשליש מגו לתנם נמי שירצה בזה הוא פשוט דנאמן אבל היכא דהחפץ ביד שליש ויש לאחד מגו שהוא שלו אין מוציאין מיד שליש ונותנים לזה אע"פ שמוציא חלק חבירו הואיל ואינו ביד חבירו רק ביד שליש דבר זה צ"ע כי לפ"ד הרי"ף בריש ב"מ כו' איירי אפי' הטלית עדיין ביד המוכר כו' וא"כ לפמ"ש התוס' בריש ב"מ דמש"ה א"כ לומר חצי' שלי במגו דאי בעי אמר כולה שלי משום דהוי מגו להוציא ש"מ דאפי' בכה"ג הוי מגו להוציא הואיל וקאי בחזקת שניהם אם לא דנימא לפי שיטתם תי' אחר על קושי' התוס' במגו דכולה שלי כו' עכ"ד. ועי' בנתיבות בסי' ד' שפי' דא"כ במגו להוציא מיד שליש משום דכשהוא ביד שליש הוי כשניהם מוחזקים בו והוי מגו להוציא וכמ"ש התוס' הנ"ל עכ"ד. ובאמת לפמ"ש לעיל דכונת התוס' משום דהוי תרי מגו גרוע א"כ אין ראי' מד' התוס' הנ"ל וכן לפמ"ש לעיל ליישב קושי' הקצה"ח בס"ק י"ב דקושי' התוס' קאי על מציאה ולא על מקח וממכר נמי לק"מ קושי' התומים הנ"ל. אך מ"מ לענין דינא עיקר כהתומים והנתיבות הנ"ל וכן מבואר להדיא בתרומת הדשן סי' ש"ד דלענין לדחות מגו חשיב כאלו שניהם מוחזקים והוי מגו להוציא ומחלק בין רוב למגו והאריך בזה ועי' בברית אברהם חחו"מ סי' י"ד מ"ש על ד' התה"ד אלו ועי' בס' נחל יצחק בס"ק א' מ"ש והאריך בזה ועי' בשעה"מ בס"ק ב' שכ' להסתפק לענין נשבעין ונוטלין היכא דאית להו מגו לפוטרן מן השבועה אי מיחשב מגו להוציא או לאו כו' והניח בצ"ע ובאמת מוכח מד' הרא"ש בפ' כה"ג סי' ד' דאף בנשבע ונוטל הוי מגו להוציא ולא מהני לפטור משבועה וכן ראיתי בבית יהודא בס"ק ד' שהשיג על השעה"מ מד' הרא"ש אלו ועי' לעיל בסי' ע"ב ס"ק כ"ב מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בשערי בינה שער כ' דין א' אות ט' מ"ש בד' הרא"ש הנ"ל:

סימן ב

מגו במקום עדים לא אמרינן. כן מבואר בכמה דוכתי בש"ס ופוס' ולאו דוקא במקום עדים ממש אלא אפי' בלירוף טענתו והעדאת עדים מתחייב וכדאמרינן בעובדא דנהר פקוד בב"מ פ"א ב' והנה בב"ב ל"א א' איתא זה או' של אבותי וז"א של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתי' הוא והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר לו מינך זבנתה ואכלתי' שני חזקה א"ל אביי מה לו לשקר במקום עדים לא אמרינן עכ"ל הגמ' ולקמן ל"ג ב' איתא נמי כעין האי עובדא רק דשם ס"ל לרב חסדא דנאמן משום דאמרינן מה לו לשקר כו' ואביי ורבא לא ס"ל הא דר"ח משום דמה לו לשקר במקום עדים ל"א והנה התוס' שם ד"ה אמר כו' כ' דגרס רבה דהא אמרינן לקמן דאביי ורבא לא ס"ל הא דר"ה כו' והנה הרשב"ס פי' לקמן בעובדא דר"ח דמיירי דאייתי סהדי דאבהתי' היא עד יום מותם ומעולם לא מכרו לאבותיו של זה השני וכ' המהרש"א דכונתו ליישב קושי' התוס' ל"א א' ד"ה מה לו כו' בשם הרשב"א כו' וכ' דבהכי ניחא דשפיר גרסינן לעיל רבא וס"ל לעיל דלאו מגו במקום עדים מקרי משא"כ הכא דהוי שפיר מגו במקום עדים כפי' רשב"ס דהעידו דמעולם אבותיו לא מכרו כו' עכ"ד. וכן פי' הנ"י שם דהנך ב' עובדי לאו בחדא גוונא איירי יעוש"ה וכונתו נמי כמ"ש מהרש"א ליישב קושי' הרשב"א ושלא תקשי דרבא אדרבא דהרי"ף שם גורס רבא בעובדא קמייתא ומש"ה פי' הנ"י כן. אבל התוס' דגרסי רבה ס"ל דהנך ב' עובדי בחד גוונא איירי ומש"ה כ' דגרסינן רבה כי היכא דלא תקשי דרבא אדרבא וכן מד' קושי' הרשב"א מוכח דס"ל להתוס' דבחד גוונא איירי וכמ"ש מהרש"א הנ"ל וניחא בזה ליישב קושי' התומים בסי' ע"ז שהק' על התוס' ב"ב ל"א ב' ד"ה וזו באה כו' שהק' דבין לר"ה ובין לר"ח נהימני' לבתראי במגו דאי בעי פסלינהו לקמאי בגזלנותא כו' ותי' דמגו במקום עדים ל"א והא ר"ח ס"ל דאמרינן מגו במקום עדים, עכקוש"י. ולפמ"ש בד' התוס' ניחא כיון דס"ל דבחד גוונא איירי א"כ י"ל דגם ר"ח ס"ל דמגו במקום עדים ל"א אלא טעמא דר"ח דמפרשינן דבריו של אבותי הי' שלקחוהו מאבותיך כקושי' הרשב"א הנ"ל או שמפרשינן דבריו של אבותי דסמיך עלי' כדאבהתי' ולק"מ קושי' התומים הנ"ל. ועי' בס' כתונת פסים ב"ב ע' א' שהק' גבי הא דבעיא מיני' רב עמרם מר"ח המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר החזרתי לך מהו כו' או דלמא מלי א"ל שטרך בידי מה בעי ופירשב"ם דהוי כמו מה לי לשקר במקום עדים דל"א והק' דהא ר"ח גופא ס"ל דאמרינן מגו במקום עדים ואמאי הולרך ר"ח להשיב לו כו' כיון דס"ל דאמרינן מגו במקום עדים עכקוש"י והניח בצ"ע יעוש"ה וכן ראיתי בהגהות חכמת שלמה שהק' כן ולפ"ד התוס' הנ"ל ניחא דגם ר"ח י"ל דס"ל דל"א מגו במ"ע רק דס"ל דמפרשינן דבריו וכנ"ל:

אך על הרשב"ס הנ"ל שפי' בעובדא דר"ח דמיירי שטוען דמעולם לא מכרו לאבותיו של זה השני וכ' גבי המפקיד אצל חבירו בשטר דהוי כמו מה לי לשקר במקום עדים קשה קושי' הנ"ל אך י"ל דכי ס"ל לר"ח דאמרינן מגו במ"ע היינו משום דחזקת ממון מסייע להמגו אבל גבי המפקיד אצל חבירו בשטר אין החזקת ממון מסייע להמגו כיון שיש שטר ביד המפקיד ועי' לעיל בסי' הקודם לענין מגו להוציא במקום שטר מ"ש בזה ועי' במעין גנים בסי' ע"ח סעי' ג' שהק' לר"ח ורבה דס"ל דאמרינן מגו במ"ע תקשי להו מתניתין דריש שבועות הדיינים ל"א ב' מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב ואמאי חייב הא יש לו מגו דפרעתי כו' עכקוש"י והאריך בזה ליישב יעוש"ה. ובאמת כבר הק' קושי' זו הרמב"ן בחידושיו לב"ב שם וכ' דאינו יכול לפרש דאי אתי סהדי ואמרי של אבותיו של מערער היתה מעולם ולא של אבותיו של מחזיק כו' תקשי עלי' דרבה ממתניתין הנ"ל כו' ופי' דמיירי באופן דיכול לפרש דבריו ואינו מכחיש העדים יעוש"ה. אך אף לפי' הרשב"ס הנ"ל שכ' דעובדא דר"ח מיירי שמכחיש העדים נמי לק"מ קושי' המעין גנים הנ"ל די"ל דר"ח אוקי מתניתין הנ"ל דמיירי בהודה בפני ב"ד ודנין על ראייתו ול"ש להאמינו במגו במה דידעו הב"ד שהוא משקר. ואף דהתוס' בספ"ק דגיטין י"ד א' ד"ה ולא פש כו' הביאו ראי' ממתניתין הנ"ל דבהודה בפני עדים א"י לטעון טעיתי במגו דפרעתי יעוש"ה. הרי דלא ניחא להתוס' לאוקמא מתניתין בהודה בפני ב"ד דאי נימא דמיירי בהודה בפני ב"ד אין ראי' משם דדלמא דוקא בב"ד דייק יותר ולא בעדים היינו משום דליסנא דהש"ס בשבועות שם מ"א ב' והא הכא דתבעי' בעדים כו' משמע דאוקי בהודה בעדים והיינו לפי הלכה דקי"ל דמגו במקום עדים ל"א אבל ר"ח שפיר י"ל דמוקי מתניתין הנ"ל דמיירי בהודה בפני ב"ד וגם בלא"ה אין ראי' מד' התוס' דגיטין הנ"ל דהתוס' אזלי לשיטתם דב"ב הנ"ל דאף ר"ה נמי ס"ל דמגו במ"ע ל"א וא"כ בלא"ה ניחא מתניתין הנ"ל דמיירי שפיר בהודה בפני עדים ולק"מ קושי' המעין גנים הנ"ל וכן ראיתי בתשובות רע"א הנדפס מחדש בסי' ק"ל שתי' כן קושי' הנ"ל די"ל דמתניתין מיירי בהודה בפני ב"ד וכ' דאין ראי' מד' התוס' גיטין הנ"ל דהתוס' ס"ל דאף ר"ח ס"ל דמגו במ"ע ל"א והביא ראי' מד' התוס' ב"ב ל"א ב' ד"ה וזו באה הנ"ל דתי' אף לר"ח דמגו במ"ע ל"א והאריך בזה:

עוד

עוד הק' המעין גניס שם ממתני' דרפ"ב דכתובות דאי ליכא עדי היכונא הבעל מהימן ובמקום שכותבין כתובה ואבדה לא מהימן במגו דפרעתי וכמ"ש התוס' שם דהוי מגו במקום עדים וא"כ קשה לרבה דס"ל דאמרינן מגו במ"ע אמאי לא מהימן שם עכקוש"י והניח בצ"ע . ובאמת כבר הק' בשימקו"ב בב"ב שם ד"ה אמר רבה קושי' זו וכ' דרבה נמי אית לי' כאביי אלא דאלים לי' מגו משום דיכול לתקן דבריו כו' יעוש"ה . אך לפי' הש"ס הנ"ל דפי' דעובדא דר"ח מיירי שהכחיש העדים וס"ל לר"ח דאמרינן מגו במ"ע קשה קושי' הנ"ל . אבל באמת אף להרשב"ם נמי לק"מ וכמ"ש הגאון רע"א שם די"ל דר"ח ס"ל כמ"ד הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וליכא מגו דפרעתי ולק"מ קושי' המעין גניס הנ"ל • ועי' בס' נחל יצחק בסי' פ"א ס"ק ה' שהק' קושי' הכהונת פסים הנ"ל וכ' ליישב דאכן שהדי עדיף מעדים לענין זה וכעין מ"ש התוס' ביבמות פ"א א' ד"ה אתא גברא כו' והאריך בזה וכ"כ הוא עצמו בס' עין יצחק ח"ב סי' והאריך בזה וכן ראיתי בשערי תורה ח"א כלל ט"ז פרט א' שכ' דאיכא אכן שהדי דעדיף מעדים והאריך בזה . ועי' בס' מנחת השקר בב"מ פ"א ב' גבי עובדא דנסר פקוד מ"ש והאריך בזה אבל עכ"פ לדינא העיקר דמגו במקום עדים ל"א וכדס"ל לאביי ורבא בהא דב"ב ל"ג ב' הנ"ל . והנה היכא דיש לבע"ד מגו נגד תרי והרי דעת הרא"ה דנאמן ולא הוי מגו במ"ע דהא העדים מכחישים זא"ז וכמאן דליתנהו דמי והכנה"ג כ' על דין זה דל"ע והתומים בסי' הנ"ל כ' דדין זה תליא בב' תי' התוס' ב"ב ל"א ב' דהק' דאמאי לא מהימנו בהראי במגו דפסלינהו לקמאי בגזלנותא ותי' בתי' הא' דה"ל מגו דבי תרי ולא אמרינן ועוד תי' דמגו לא עדיף מעדים כו' וה"ל מגו במ"ע כו' דלפי תי' הא' דמגו דבי תרי ל"א א"כ הבע"ד יש לו מגו ולא הוי מגו במקום עדים דאוקי תרי להדי תרי . אבל לפי תי' הב' מה יהני מגו הא ה"ל רק כעדים ואלו ה"י מביא עוד ב' עדים כדבריו הא הרי כמאה ועדיין ה"ל עדות מוכחשת עכ"ד. וכ' עוד ב' נפ"מ בין ב' התי' והאריך בזה ומסיק לבסוף דהעיקר כתי' הב' דלא אמרינן מגו כזו דתרי כמאה וא"כ אף מגו דבע"ד לא מהני וכן פי' הנתיבות בסי' ז' דאף מגו דבע"ד נמי לא מהני והיינו דס"ל כהתומים דהעיקר כהתי' הב' של התוס' הנ"ל . ובאמת בהגהות מרדכי בסוף קידושין סי' תק"ע מבואר להדיא דמהני מגו דבע"ד נגד תרי ותרי וכהמהרא"ח הנ"ל יעוש"ה . וכן ראיתי בדברי אמת בענין תרי ותרי בסי' ד' שהביא ד' הגהות מרדכי אלו וכ' דמהירושלמי בפ"ב דכתובות משמע כהמרדכי והביא שם ד' הריב"ש סי' תע"ע ולפמ"ש לעיל בסי' ל"א ס"ק א' אין ראי' מהירושלמי להמרדכי :

ועי' בהפלאה בכתובות כ' א' בתוס' ד"ה ואוקי כו' שכ' דהריטב"א ס"ל דאמרינן מגו במקום תרי והרי כהתוס' בתי' הב' הנ"ל והניח דין זה בצ"ע ולא הביא ד' הרא"ה הנ"ל דס"ל דמהני מגו דבע"ד נגד תרי ותרי ועי' בבית יעקב בכתובות שם ד"ה הר"ן כו' מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' ל"א שם שהבאתי ד' הירושלמי בפ"ב דכתובות הל' ב' דמשמע כהמהרא"ח הנ"ל ותרלתי שם די"ל דהתומים ס"ל כהק"ע שם או משום דהתם הוי הפה שאסר כו' יעוש"ה וכעת ראיתי בס' נחל יצחק בסי' זה ס"ק א' שהביא ד' הירושלמי אלו וכ' דהתם הטעם משום דהוי הפה שאסר והאריך בזה ולדינא העיקר כהתומים והנתיבות הנ"ל דלא מהני מגו נגד תרי ותרי ועי' בתומים בסי' י"ז מ"ש לחלק בין אם באו עדים תחלה כהך דפי' אמרו לו כו' ובין היכא דאמר תחלה של אבותי וא"כ באו עדים כו' עכ"ד ועי' בס' אמרי בינה בדיני שחיטה סי' א' מ"ש על התומים בזה יעוש"ה . והנה הרא"ש בתשובה כלל ס"ו סי' א' כ' דאף מגו במקום עדים פסולים לא אמרינן והובא בש"ך בסי' ד' והק' התומים בסי' י"א דא"כ ואמאי שבועת העדות אינו נוהג בקרובים הא יש תועלת בעדותן לענין מגו כמו שחייב קרבן שבועה בנסכא דר"א עכקוש"י האריך בזה. ובאמת לק"מ וכמ"ש הנתיבות בסי' א' דלפמ"ש הר"ן בפ' שבועת העדות דאפי' אם הימני' קרוב עליו כבי תרי אינו חייב בשבועת העדות כיון דלאו בר עדות הוא מדאורייתא וכ"ש כאן דהקרוב אינו בכלל עדות כלל ולא מהימן משום עדות כי' רק דלא חשיב מגו שאינו רוצה להעיז משא"כ בנסכא דר"א דכ"ז שאינו נשבע נגדו אפי' אם אומר הבע"ד שא"י רחמנא הימני' כשני עדים והוי בכלל שבועת העדות עכ"ד וכן תי' הקצה"ח בס"ק ע"ו וכ"כ הבית אפרים ברא"ש אפרים בתשובות שבסוף הס' סי' ב' ובחת"ס סופר בחה"ע ח"ב סי' ל"ו ליישב כן קושי' התומים משום דגבי ק"ש בעינן והוא עד וקרוב לא מקרי עד כו' ומיישב בזה קושי' הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ג דנשבחת שבועת העדות בעדות מיתה שאף האשה כשרה ועי' בפר"ד בדרך מלותיך בה"ד פ' ויקרא ובנו"ב מהדו"ת חאו"מ סי' א' ובהג"ה שם ובברית אברהם חאה"ע סי' מ"ע מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה . ועי' עוד בקצה"ח ובנתיבות מ"ש ליישב קושי' התומים מב"ב מ"ה ב' דקא' הגמ' אי דאיכא עדים לחזי עדים מאי קאמרי כו' ומ"ש על ראי' התומים מהא דתינוקת שהורסה באשקלון כו' ועי' בדברי חיים בדיני גיטין סי' ל"ג שכ' להביא ראי' מאה"ע סי' קנ"ב סעי' ה' דאמרינן מגו במקום עדים פסולים וא"כ דהא זה משום דהוה הפה שאסר כו' והאריך בזה ועי"ש עוד בחת"ס סופר ובתוס' רע"א במשניות בפ"ב דכתובות אות כ"ה ובתשובות רע"א הנדפס מחדש סי' ל"ח ובשערי תורה ח"א כלל ע"ז פרט א' ובזית רענן חחו"מ סי' ס"ו ובהגהות חכמת שלמה בסי' כ"ח מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' מ"ו ס"ק י"ג מ"ש על השעה"מ שם ס"ק י' יעו"ש :

סימן ג

מגו במקום מנהג לא אמרינן . והוא מד' הנ"י בפ' המקבל ק"י א' גבי אריס אומר למחצה ירדתי ובעה"ב או' לשליש הורדתיו דאמר ר"נ הכל כמנהג המדינה וכ' הנ"י שם דמוסא שמעינן דל"א מגו לבטל מנהג המדינה משום דלגבי מנהג הוי כמגו במקום עדים והובא דבריו בד"מ בס"ק י"ד ובסמ"ע בס"ק מ"ד ובש"ך בסי' ב' וכ' הש"ך דכה"ג כ' התוס' והגהות אשרי בריש ב"ב דלע"ג דשהו אבנים ברשותו ואית לו מגו דלקוח לא מהימן שעשה הכותל לבדו כו' הוי כמגו במקום עדים עכ"ד . ובתומים בסי' ל' השיג על הש"ך וכ' דכונת המרדכי כמ"ש בשימק"ב שם בשם ר' יהונתן דמפרש דמש"ה ס"ל לר"נ דא"נ במגו דשכירו ולקיטו קלא אית לי' כו' ולכך א"נ אבל בעלמא אף ר"נ ס"ל דמהימן כו' וממשנה דפאה פ"ח כ' דאין ראי' דשרשו של מנהג נתייסד עפ"י הרוב כו' וא"כ במשנה דפאה דה"ל איסורא ובאיסורא הולכין אחר הרוב וה"ה דהולכין אחר המנהג כו' אבל בממון להוציא מיד המוחזק ויש לו מגו פשיטא דנאמן אף שהמנהג סותרו דהא אין הולכין בממון אחר הרוב כו' וכ"ש במנהג בעלמא כו' איברא דמתוס' ב"ב ל"ב ב' ד"ה ואמאי כו' דהק' כו' דלמא לכך נאמן די"ל מגו דפרעתיך משמע אפי' לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב מ"מ אמרינן מגו במקום רוב כו' וזה צ"ע חדא ממשנה דפאה דאפי' במקום מנהג ל"א ואיך נימא במקום רוב גמור ועוד הא במקום חזקה הוי איבעיא דלא איפשטא ומכ"ש במקום רוב דעדיף מחזקה ועכ"פ לשמואל דס"ל דאין הולכין בממון אחה"ר ודאי יש לחלק בין ממון לאיסורא והמהני על הש"ך דכאן אחליט הדבר דל"א מגו במקום מנהג וביו"ד בסי' ק"ס העלה כדעת הראב"י ור"ב דנאמן במגו דלא קבל מעות יתומים רק למחצה והמרדכי מדמה להו להדדי כו' ולכן דין זה צ"ע וצריך מנהג קבוע לגמרי כו' :

ושוב ראיתי במהרי"ט כו' שכ' דמנהג עדיף מרוב דמנהג נהגו כ"ע עכ"ד . וכ"כ הנתיבות בסי' כ"ג דמגו במקום

במקום מנהג ל"א ודוקא מנהג קבוע והיינו כהתומים הנ"ל. ולא ידענא מאי קאמר דהא אפי' במנהג לחוד בודאי מוציאין ממון וכמבואר בב"מ שם ואם נימא דמנהג הוא מטעם רוב א"כ אפי' אי לית לי' מגו איך מוציאין עפ"י המנהג דהוי כמו רוב והא אין הולכין בממון אחה"ר וא"כ בודאי מוכח כמהרי"ט הנ"ל שכ' דמנהג עדיף מרוב. ומ"ש התומים דר"ב ס"ל דאמרינן מגו נגד מנהג רק גבי שכירו ולקיטו לא מהני מגו משום דס"ל כר' יוחנן לא ראה ד' המהרי"ט שכ' דא"א לומר דר"ב ס"ל דאמרינן מגו במקום מנהג דהא מבואר בהג"א בר"פ הפועלים בשם ר"ב דמגו במקום מנהג ל"א והא דס"ל לר"ב וראב"י דהמקבל נאמן לומר שקבל פלגא בשכר משום דמיירי שלא קבלם בב"ד רק מעצמו ולא רצה לקבל עליו אחריות יותר מפלגא עכ"ד יעוש"ה. ולפ"ד המהרי"ט אלו מיושב נמי קושי' התומים הנ"ל על הש"ך דאף דס"ל כאן דל"א מגו במקום מנהג מ"מ ס"ל ביו"ד כר"ב וראב"י דהמקבל נאמן לומר דקבל פלגא בשכר דמיירי שלא קבלם בב"ד רק מעצמו וכמ"ש המהרי"ט ומש"ה ס"ל להש"ך ביו"ד דנאמן במגו ולק"מ קושי' התומים הנ"ל. גם מה שהק' התומים על ד' התוס' ב"ב ל"ב ב' דאיך נימא מגו במקום רוב כיון דמוכח ממשנה דפאה דאפי' במקום מנהג ל"א לק"מ דמנהג עדיף מרוב וכמ"ש מהרי"ט הנ"ל. וגם בלא"ה לק"מ ממשנה דפאה דש"ה דליכא חזקת ממון דמסייע ומש"ה לא מהני מגו במקום מנהג אבל התם בההיא דב"ב איכא להבעל חזקת ממון דמסייע לו שפיר י"ל דמהימן במגו ולק"מ קושי' התומים הנ"ל וכן ראיתי בס' שם ארי' חחו"מ סי' ל"ג שתי' כן קושי' התומים הנ"ל. גם מה שהק' התומים מחזקה דתו"ז דמבעי' לן אי אמרינן מגו במקום חזקה ומכ"ש במקום רוב דעדיף מחזקה לק"מ דהא חזינן דחזקה זו עדיפא מרובא דהא אנן קי"ל דאין הולכין בממון אחה"ר ועפ"י חזקה זו דאין א"פ בתו"ז מוציאין ממון וגובין אף מיתמי וכמבואר לעיל בסי' ע"ח סעי' ו' ועכצ"ל משום דהוי חזקה מכח סברא והוי כאנן סהדי וכמ"ש במהרי"ק בשורש ע"א ובמהרי"ט ח"ב באה"ע סי' כ"ז ובתה"ד סי' ר"ז יעוש"ה. או משום חזקת חיוב דמסייע לחזקה דאא"פ בת"ז ועי' בישועות יעקב באה"ע סי' י"ז ס"ק א' מ"ש בזה וא"כ ה"ה לרב י"ל דחזקה דתו"ז עדיפא בודאי ולכך במקום רוב שפיר י"ל דמהני מגו אף לרב ושפיר ד' התוס' ולק"מ קושי' התומים הנ"ל. וכ"כ בשם ארי' שם ליישב כן ועי' עוד בתומים בסי' ל"ה מ"ש בד' התוס' הנ"ל והאריך בזה ומסיק דאמרינן מגו נגד הרוב וכ"כ הנתיבות בסי' י"ב דאמרינן מגו נגד הרוב:

וכן ראיתי בס' בית דוד בסי' י"ז שכ' דאמרינן מגו נגד הרוב והאריך בזה ועי' בנו"ב מהדו"ת חאה"ע סי' י"ד שכ' דכיון דלא איפשטא בעיא אי אמרינן מגו במקום חזקה א"כ ק"ו דלא מהני מגו נגד הרוב עכ"ד. והיינו כד' התומים דסי' ל' הנ"ל ובאמת אין זה הוכחה וכמ"ש דהך חזקה דאא"פ בתו"ז עדיפא מרובא ועי' לעיל בסי' ל"ה ס"ק ב' שהבאתי ד' התה"ד בסי' שי"ד שמוכח מדבריו דס"ל דל"א מגו נגד הרוב והשגתי על הסמ"ע שם בס"ק ב' והארכתי בזה יעוש"ה. וכן משמע מד' הרא"ש בתשובה כלל פ"ב סי' א' דל"א מגו נגד הרוב שהביא עובדא דנהר פקוד הנ"ל וכו' וז"ל והלכה כאביי אע"ג דאיכא מגו לא מהימן משום דאנן סהדי דבכל עידן איכא מיא באורחא דנהר פקוד ואע"ג דעדות ממש ליכא שהי' שם מים בשעה שהלך זה אלא שרוב פעמים מצוי שם מים הוי מגו במקום עדים עכ"ל הרי שס"ל דל"א מגו נגד הרוב והוי כמגו במקום עדים וכן ראיתי בשערי תורה ח"א כלל כ"ד פרט ג' שהביא ראי' מד' הרא"ש אלו והאריך בזה ועי' עוד בשערי תורה כלל ז' פרט ו' מ"ש בזה. ועי' בבית יעקב בכתובות ט' ב' ד"ה אי כו' שכ' דל"א מגו נגד הרוב וחזר בו ממ"ש בנתיבות הנ"ל ועי' בבית שמואל אחרון חחו"מ סי' כ"ט ובישועות יעקב באה"ע סי' ז' ס"ק ו' שכ' נמי דל"א מגו נגד הרוב יעוש"ה ועי"ש עוד בשם ארי' מ"ש ליישב הקושי' ממתניתין דפאה עפ"ד

הנ"ת והתומים בסי' ז' גבי הך איבעיא אי אמרינן מגו במקום חזקה דתו"ז אע"ג דל"א מגו להוציא מ"מ מספקא להו הואיל ואית בי' תרתי מגו וחזקת ממון דמסייע להמגו כו' והאריך בזה וראיתי בהפלאה בר"פ האשה שנתארמלה שהק' דאמאי נקט מתניתי' אם יש עדים שיצתה בהינומא אפי' אם אין עדים רק שהודה בעצמו שיצאה בהינומא א"כ לומר אלמנה היתה במגו דלא יצתה בהינומא דמגו במקום מנהג ל"א כו' ותי' דלפמ"ש התוס' דאף דלא אמרינן מגו במקום נאמנות מ"מ מגו בעיקר הנאמנות מהני כו' וא"כ י' דבמקום מנהג נהי דלא מהני בי' מגו דפרעתי מ"מ אם אין עדים שיצאה בהינומא אלא מפיו הרי יש לו מגו בעיקר הדבר שפיר מהני מגו וגדולה מזה כו' דאפי' במקום עדים אם יש לו מגו בעיקר העדים מהני עכ"ד. ולפ"ד יש ליישב דעת היש מי שאו' שהביא המחבר לקמן בסי' קנ"ז סעי' ה' והוא דעת ר' יונה שהביא הטור שם דס"ל דדוקא כשהאבנים ניכרים שהם מזה הכותל אבל אם אינם ניכרים אפי' טוען אני בניתי משלי נאמן במגו יעוש"ה. ואמאי נאמן הא הוי מגו במקום מנהג ול"א. ולפ"ד הפלאה הנ"ל ניחא דהתם כיון שאינו ידוע שהאבנים הם מזה הכותל רק שהוא מודה בעצמו שהם מזה הכותל וא' בניתי משלי נאמן משום דהוי מגו בעיקר המנהג וכמ"ש בהפלאה ושפיר ד' ר' יונה הנ"ל:

אך קשה על ד' הפלאה דהא בב"מ ק"ו הנ"ל מיירי נמי שא"י כלל שהוא אריס שלו דהא לר"י נאמן במגו דשכירו ולקיטו הוא וא"כ הוי מגו בעיקר המנהג ואפ"ה קי"ל לקמן בסי' ש"ל סעי' ה' דלא מהני מגו וא"כ מוכח דאף מגו בעיקר המנהג ל"א ודלא כהפלאה הנ"ל. וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דשענייטין אך י"ל דלפ"ד דהתם גבי שכיר ע"כ עשה הפועל מלאכה בתוך שדהו רק הספק הוא אם בשכיר יום או באריסות למחצה או לשליש או לרביע והוי כשור שחוט לפניך ומש"ה לא הוי מגו אבל בההיא דהפלאה הנ"ל אין אנו יודעים כלל שהיתה בתולה כ"א על פיו שאו' שיצאה בהינומא והוי כאין שור שחוט לפניך ומש"ה נאמן במגו וכ"כ הנתיבות כעין זה בסי' כ"ג ליישב קושי' התומים הנ"ל על הש"ך מיו"ד סי' ק"ס דהתם הוי כאין שור שחוט לפניך שיכול לומר לא קבלתי אצלך מאומה ושפיר ד' הפלאה הנ"ל ועי' בשם ארי' שם מ"ש על ד' הפלאה והאריך בזה. ועי' בהגהות מהגאון ר' דוד לוריא הנדפס מחדש בכתובות שם שנסתפק בזה אי אמרינן מגו בעיקר המנהג ולפ"ד הפלאה מוכח דאמרינן מגו בעיקר המנהג ולא ראה הרד"ל ד' הפלאה הנ"ל ובד' ר' יונה הנ"ל עי' בדברי משפט שם בס"ק א' מ"ש בזה וא"כ לענין דינא נ' עיקר דמגו במקום מנהג ל"א אף במנהג שאינו קבוע דאף מגו נגד הרוב לא אמרינן וכ"ש נגד המנהג דעדיף מרוב וכמ"ש המהרי"ט הנ"ל ודלא כהתומים והנתיבות הנ"ל ועי"ש עוד בשערי תורה ובס' נחל יצחק בס"ק א' ובס' מנחת הבכר בב"מ שם ובס' בן יהודא סי' ס"ה מ"ש בזה אבל מגו בעיקר המנהג שפיר אמרינן וכמ"ש בהפלאה הנ"ל ועי' לעיל בסי' כ"ט ס"ק ד' מ"ש לענין מגו בעיקר העדים ובסי' פ"ח ס"ק ד' וס"ק ו' מ"ש לענין מגו בעיקר החזקה יעוש"ה:

....

סימן ד

מגו דהעזה לא אמרינן. וכ' הש"ך בסי' ו' דדוקא לאפטורי משבועה ל"א מגו דהעזה אבל לאפטורי מממון אמרינן מגו דהעזה וכ' דזהו כונת התוס' ב"ק ק"ז א' שכ' דל"ד למידי דכפירה דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע בי' חברי' והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו דכונתם לחלק בין לאפטורי משבועה ובין לאפטורי מממון כו' והאריך בזה והשיג על הנ"י שכ' בפ' חזה"ב גבי הנהו עיזי דאכלי חושלא כו' נאמן בשבועה בנק"ח ואע"ג דאיכא מגו דמצי אמר לקוחים הם בידי מ"מ לאו

מגו

מגו גמור הוא שהרי השתא כשאמר דהכלי הושאל אינו מעיז ואלו אמר לקוחים הם בידי הי' מעיז וממעיז לשאינו מעיז לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה עכ"ל. והשיג עליו דהא מבואר בכמה דוכתי דאמרינן מגו דהעזה בממון ורק לאפטורי משבועה ל"א מגו דהעזה כו' עכ"ד ולא ידענא מאי קשי' לי' על הנ"י דהא הנ"י הנ"ל כ' בהדיא דלאפטורי משבועה ל"א מגו דהעזה אבל לאפטורי מממון אף הנ"י ס"ל דאמרינן מגו דהעזה וכדס"ל להש"ך וכן ראיתי בהגהות אמרי ברוך שהשיג כן על הש"ך. וכ' דמלשון הר"ן שכ' להדיא ואפי"ה מהני לאוקמא ממונא וכן מד' הקדמונים שכ' דלאפטורי ממונא אמרינן מגו דהעזה מבואר שדעתם רק לאוקמא ממונא ביד המחזיק אמרינן מגו דהעזה וא"כ א"ש ד' הנ"י בפ' הגוזל דהתם לאו לאוקמא ממונא הוא רק להצריך את הנתבע שיתן לו הכלי כו' עכ"ד. ולפ"ד א"ש ד' הנ"י בריש ב"מ שתי' דמש"ה א"כ לומר חצי' שלי במגו דאי בעי אמר כולה שלי משום דהוי מגו דהעזה יעוש"ה דמשמע לכאורה מדבריו דס"ל דל"א מגו דהעזה אף בממון וכהש"ך בדעת הנ"י ולפ"ד הגהות אמרי ברוך הנ"ל ניחא דהתם לא הוי לאוקמא ממונא אלא להוציא מחזקת השני ובהא ס"ל להנ"י דל"א מגו דהעזה ועי' לעיל בסי' ח' מ"ש דכונת הנ"י משום דהוי תרי מגו גרוע יעוש"ה. אבל הנ"י שפיר ס"ל דאמרינן מגו דהעזה לאפטורי ממון רק לאפטורי משבועה ל"א מגו דהעזה ועי' בדברי חיים בדיני טוען ונטען סי' כ"ג מ"ש בזה ועי' בכתונת פסים בפ' הגוזל קמא שכ' דהנ"י מחלק בין העזה גמורה להעזה שאינה גמורה והאריך בזה ועי' במעין גנים מ"ש ליישב כונת ד' הש"ך במה שהשיג על הנ"י והאריך בזה וכד' התוס' דב"ק הנ"ל שפי' הש"ך דכונתם לחלק בין לאפטורי מממון לבין לאפטורי משבועה:

ובאמת לשון התוס' לא משמע כן כלל דמה זה למידי דכפירה וכן השיג התומים בסי' ע"ב על פי' זה של הש"ך בד' התוס' ועוד השיג על פי' הב' של הש"ך בד' התוס' ועי' בשעהמ"ש בס"ק ד' מ"ש להשיג על ד' הש"ך ועי' בס' בן יהודא בסי' כ"ט ובסי' ל"ד מ"ש והאריך בזה ופי' התומים בכונת התוס' הנ"ל דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע בי' חברי' היינו במודה מקצת דחייב לו ואהן אמרינן דיכפור פשיטא דאינו מעיז במה דידע חברי' אבל הנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו דהא לדעתו אינו כופר לו כלום דהא אינו חייב לו וכיון דלא כפר ממון לדעתו כו' בכפירת דברים אין כ"כ אם כה יאמר כו' ואין משגיח בהעזה כלל וה"ל מגו עכ"ד וכן דרך הקצה"ח בס"ק י"ד בדרך זה ולפ"ד מיושב ד' התוס' בגיטין נ"א א' ד"ה תניא נמי הכי ועי' במהרש"א שם יעוש"ה. אך הנתיבות בסי' כ' השיג עליהם וכ' דמוכח בכמה דוכתי דלעולם אמרינן מגו דהעזה לאפטורי מממון אף אם הכפירה יעלה יותר בטענה שהי' יכול לטעון עכ"ד ועיי"ש עוד בתומים מ"ש עוד פי' בד' התוס' דיש חילוק בין ברי וברי לברי ושמא דבברי ושמא אמרינן מגו דהעזה ואף דהוי מגו גרוע בברי ושמא אמרינן אף מגו גרוע עכ"ד. ומיישב קושי' המהרש"א שם והאריך בזה ועי' בפ"י בב"ק שם מ"ש והאריך בזה. ולענין דינא העיקר דאמרינן מגו דהעזה לאפטורי מממון בכל גוונא רק לאפטורי משבועה ל"א מגו דהעזה וכ"כ התומים ועי' במעין גנים שמיישב עפ"ז קושי' התוס' ב"ב ל"ד א' גבי נסכא דר"א ועי' במשל"מ בפכ"א מהל' מלוה מ"ש בזה וכד' הנ"י הנ"ל ועי' בבשמים ראש בסי' ד' בכסא דהרסנא שם מ"ש על ד' הש"ך הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה:

והנה השעהמ"ש בס"ק הנ"ל כ' הטעם דמשום הנאת ממון מעיז ג"כ אבל לענין פטור שבועה נוח לו לטעון טענה זו ולשבע מלהעיז נגד חבירו וכ"כ השעהמ"ש בסי' פ"א ס"ק י"ג זה הטעם ומפני זה השיג על הש"ך שם דזה הטעם לא שייך רק לגבי בע"ד אבל לגבי עד ל"א מגו דהעזה דלמה יעיז בחנם כיון שאין מגיע לו שום הנאת ממון עכ"ד והאריך בזה. אבל באמת ז"א אלא עיקר הטעם הוא כמ"ש בשורש יוסף שורש ז' ענף א' דתרי מגו גרוע לא אמרינן דמגו לאפטורי משבועה הוי מגו גרוע ומגו דהעזה הוי מגו גרוע ותרי מגו גרוע מגו דהעזה ומגו לאפטורי משבועה ל"א אבל מגו דהעזה לאפטורי מממון דהוי חד מגו גרוע אמרינן וכן מגו לאפטורי משבועה אמרינן דהוי חד מגו גרוע וא"כ אין חילוק בין גבי בע"ד לגבי עד ואף לגבי עד אמרינן מגו דהעזה בממון ושפיר ד' הש"ך דסי' פ"א הנ"ל ועי' לעיל בסי' פ"א ס"ק י' מ"ש על השעהמ"ש ועי' לעיל בסי' ה' מ"ש לענין תרי מגו גרוע יעוש"ה ועי' בחמדת שלמה חחו"מ סי' ו' מ"ש בענין מגו דהעזה והק' שם דאמאי בחשוד על השבועה היכא דהוי מודה מקצת שכנגדו נשבע ונוטל הא יש לו מגו דכ"ה ואי דהוי מגו דהעזה הא מגו דהעזה לאפטורי מממון אמרינן ומפ"ז כ' דממודה מקצת לכ"ה ל"א מגו דהעזה אף לאפטורי מממון והאריך בזה:

ובאמת לק"מ דהתם גבי חשוד כיון דהממון מכח שבועה קאתי ול"א מגו לאפטורי מממון שבא מכח השבועה וכ"כ הנתיבות לקמן בסי' פ"ט ס"ק ז' וא"כ אין נוכח כהחמדת שלמה הנ"ל ושפיר י"ל דאף ממודה לכ"ה נמי אמרינן מגו דהעזה לאפטורי מממון ועי"ש עוד בחמדת שלמה בסי' ז' מ"ש בזה ועי' במהרש"א ביבמות קט"ז ב' ד"ה באותה שעה כו' שהק' דכיון דאינה מעיזה לומר גרשתני אפי' שלא בפניו אין כאן מגו לומר מת בעלי אטו גרשתי כו' דמגו דהעזה ל"א כההיא דריש ב"מ כו' חזקה אין אדם מעיז כו' עכקו"ה. ולכאורה דבריו תמוהים דהא מגו דהעזה לאפטורי מממון אמרינן וכן הק' באהל דוד שם ובהגהות נימוקי הגרי"ב שם על המהרש"א וכמדומה לי שכן הק' נמי בבאר יעקב והינו ת"י. ובאמת לק"מ דהתם הוי כמו מגו דהעזה לאפטורי משבועה דכיון דעיקר הטעם דל"א מגו דהעזה לאפטורי משבועה משום דהוי תרי מגו גרוע וכמ"ש השורש יוסף הנ"ל וה"נ הוי תרי מגו גרוע מגו דהעזה ומגו להוציא מחזקת א"א ול"א מגו להוציא מחזקת א"א לד' התוס' רק במגו מעליא ולא במגו דהעזה ושפיר ד' המהרש"א ולק"מ קושי' הנ"ל וכ"כ התומים בכה"ג דל"א מגו דהעזה להוציא ממון אף בברי ושמא שכתבתי דבריו לעיל בסי' א' יעוש"ה וה"נ ס"ל למהרש"א לענין חזקת א"א. ושוב ראיתי בשעה"מ בפ"ז מהל' אישות הל' י' שכ' ליישב כן קושי' מהרש"א הנ"ל משום דמגו דהעזה לאפטורי מממון אמרינן והאריך בזה ולפמ"ש שפיר ד' מהרש"א הנ"ל ועי' בדברי חיים בדיני אישות סי' ב' מ"ש על ד' מהרש"א ועל ד' השעה"מ הנ"ל והאריך בזה ועי' לעיל בסי' ס"ב בש"ך ס"ק ו' בדין ב' של הרמב"ם דאם אמרה ע"מ כן נתנו לי שלא יהא לבעלי רשות בהן כו' עלי' להביא ראי' והביא בשם בעה"ת שהק' להוי מהימנא במגו דאי בעי אמרה אתה נתתו לי כו' והק' הג"ת עליו דהא בלא"ה הוי מגו דהעזה והשיג הש"ך עליו דהא שפיר אמרינן מגו דהעזה בממון כו' ועי' בקה"ע סי' פ"ה ס"ק ל' בב"ש שמיישב ד' הג"ת דס"ל דהא דנאמנת לומר אתה נתתו לי משום דהיא א"י להעיז ש"מ אע"פ שהוא הנאת ממון מ"מ א"י להעיז מש"ה שפיר הק' על הבעה"ת הא מגו דהעזה ל"א וע"כ כאן אתה נתתו לי הוי העזה אע"פ שהוא הנאת ממון עכ"ד. ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א בסי' ס"ב שם ובתשובה בסי' ק"ל שכ' כן ליישב ד' הג"ת הנ"ל כהב"ש מסברת עצמו ולא ראה ד' הב"ש אלו שכבר הקדימו בזה ועי' במעין גנים כאן ובסי' ס"ב ובסי' ע"ב סעי' כ"ז שכ' ליישב עפ"ד הב"ש הנ"ל קושי' התוס' בשבועות מ"ו א' ד"ה עביד כו' וקושי' התומים בסי' ע"ב שם על הש"ך והאריך בזה ועי' עוד במעין גנים באה"ע סי' י"ז סעי' ל"ט מ"ש על ד' הב"ש והאריך בזה ועי' בס' נחל יצחק בסי' ס"ב מ"ש על ד' הב"ש הנ"ל:

ולענין מגו לאפטורי משבועה עי' בברית אברהם חחו"מ סי' י"ד שכ' הטעם של הפוס' דל"א מגו לאפטורי משבועה

משבועה משום דשבועה הוי בירור וכיון דיכולין לברורי ע"י שבועה מבררינן ולא מהני מגו לפוטרו וכמו דקי"ל לענין רובא דלא אזלינן בתר רובא היכא דיכולין לברר ביו"ד סי' א' ה"ה לענין מגו והאריך בזה יעוש"ה. וכן ראיתי בשערי תורה ח"א כלל ג' פרט ה' שכ' נמי כן דמש"ה ל"א מגו לאפטורי משבועה משום דיכולין לברר ע"י השבועה והאריך בזה וכבר קדמו בזה בט"ז בסי' רל"ו ולא ראו הברית אברהם והשערי תורה הנ"ל דברי הט"ז אלו ועי' בתומים בסימן קי"ג ובנתיבות בסי' כ"ח ובטור האבן סי' י"ג ובבית שמואל אהרון חהו"מ סי' נ"ג נ"ה נ"ו ס"ה ס"ח ובבית יהודה סי' ע"ב וסי' פ"ז ובס' נחל יצחק בסי' ב' מ"ש והאריכו בזה ועי' בבעה"מ בגיטין נ"א בסוגיא דשני כיסין ובמלחמות שם מ"ש בדין הפה שאסר לאפטורי משבועה ועי' בדברי משפט בסי' שנ"ה ס"ק א' שכ' דמגו דאי בעי שתיק אמרינן אף לאפטורי משבועה יעוש"ה. ולענין מגו לאפטורי משבועת היסת עי' לעיל בש"ך בסי' ס"ד ס"ק ו' ובסי' ס"ו בש"ך בס"ק קכ"ה ובסי' ל"ה בש"ך ס"ק י"ז שהביא בשם הריטב"א דמגו לאפטורי משבועת היסת לכ"ע ל"א והט"ז ביו"ד בסי' קס"ט ס"ק ל"ו ס"ל דלהפוס' דס"ל דאמרינן מגו לאפטורי משבועה ה"ה דאמרינן מגו לאפטורי משבועת היסת ועי' בתומים בסי' ל"ה ס"ק ו' ובדרוש וחדוש מהגאון רע"א בכתובות פ"ה א' ובשעה"מ בסי' ל"ה ס"ק ה' ובסי' קמ"ו ס"ק י"א ובשערי דיעה בסי' קס"ט ס"ק י"א ובשערי בינה שער י"ג אות ה' ובמקלוע בתורה סי' ס"ו ס"ק ל' ובטור האבן סי' י"ג ובס' נחל יצחק בסי' ל"ה ס"ק ב' מ"ש והאריכו בזה. ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק ג' ובסי' ס"ו ס"ק י"ג מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בג"ת הובא בכנה"ג בסי' קי"ז שכ' דהא דל"א מגו לאפטורי משבועה היינו כשהמגו אינו רק לענין שבועה אבל אם המגו נוגע ג"כ לממון כמו דאמרינן לענין ממון אף לענין שבועה אמרינן לכ"ע ובתומים בסי' הנ"ל השיג עליו מאומן כו' וכן השיג עליו בשעה"מ בפ"ד מהל' גזילה הל' י"א והאריך בזה. ועי' בקלס"ח בסי' ע"ב ס"ק כ"א וס"ק ל"ח ובדברי חיים בדיני הלואה סי' מ"ה מ"ש והאריכו בזה. ולענין מגו לאפטורי מגלגול שבועה עי' בחידושי רע"א בב"מ ל"ה א' ד"ה לשתבע כו' ובשעהמ"ש בסי' ל"ד ס"ק ב' ובשערי בינה שער י"ז אות י"ז מ"ש והאריכו בזה ועי' בס' באר יעקב שכ' דדברי ושמא כ"ע ס"ל דאמרינן מגו לאפטורי משבועה ועי' בשערי בינה שער ה' אות י"ט שהשיג עליו יעוש"ה :

סימן ה

מגו במקום חזקה הוי בעיא ברים ב"ב ה' ב' גבי תבעו אחר זמנו וא"ל פרעתיך בתו"ז כו' ולא איפשטא. ופסקינן לעיל בסי' ע"ח סעי' ד' דנאמן במגו. והנה התומים בסי' ז' הק' דמאי מספקא להגמ' דהא ע"כ הך חזקה אלים מחזקת ממון דהא מוציאין בחזקה זו ממון מיד המוחזק וחייב לשלם וא"כ כיון דמגו להוציא ל"א מכ"ש דל"א מגו נגד הך חזקה ותי' דהספק הוא הואיל ואית בי' תרתי מגו וחזקת ממון ודלמא תרוייהו אלימא להפקיע ולגרע כח החזקה עכ"ד. וכן הק' בג"ת בשער ט"ז ח"ב ותי' כן וכן הק' בשימקו"ב ב"ב שם ותי' כן ולא ראה התומים ד' הג"ת והשימקו"ב אלו שכבר הקדימו בזה ועי' בדברי משפט בסי' ל"ז ס"ק א' שכ' ליישב קושי' הסמ"ע והש"ך שם דלמאי א"צ לומר פרעתי בתו"ז במגו דהחזרתי עפ"ד הג"ת והתומים הנ"ל. ועי' עוד בדברי משפט בסי' ק"ח ס"ק א' שכ' לבאר ד' הש"ך שם בס"ק ז' עפ"ד הג"ת הנ"ל. אך התומים הק' על זה מהא דהק' התוס' ב"ב שם מהך דיבמה שאמרה לא נבעלתי כו' דהתם לית לה לאשה חזקת ממון עכקוש"י והניח בצ"ע. ובאמת לק"מ דהתם גבי יבמה נמי מסייע לה מגו וחזקה דאין אשה מעיזה פני בפני בעלה וכמ"ש הש"ך בסי' ז' דמה"ט מהימנה בתוך ל' יום כיון דאיכא חזקה דאינה מעיזה וחזקה זו הוי חזקה אלימתא ועי' באה"ע סי' פ"ה בב"ש ס"ק ל' ומש"ה הק' דתיהמן במגו אע"ג דהוי במקום חזקה כיון דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה המסייע להמגו כמו בתו"ז ושפיר ד' התוס' הנ"ל. וכן ראיתי בס' שם ארי' חחו"מ סי' ד' שכ' כן ליישב קושי' התומים הנ"ל יעוש"ה :

אך קשה על הג"ת והתומים הנ"ל מד' התוס' בכתובות ט' ב' ד"ה לא כו' דהק' דלהימנה במגו דאי בעי אמרה מוכת עץ אני כו' ותי' דהוי מגו במקום חזקה דאין אדם טורח כו' אע"ג דבעיא היא בפ"ק דב"ב אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא שאני חזקה דהכא עדיפא ואי ל"א מגו להוציא אתי נמי שפיר עכ"ל. ומאי קשי' להו דש"ה בתו"ז דאיכא חזקת ממון דמסייע להמגו אבל הכא דליכא חזקה דמסייע לה לכך ל"א מגו במקום חזקה ואף אי נימא דכאן איכא ג"כ חזקה דהזקת הגוף דבתולה היתה בעת הנשואין ונעשית מוכ"ע תחתיו מ"מ נגד חזקה זו איכא להבעל חזקת ממון וממילא דאין מוציאין מהבעל כיון שהוא מוחזק ומאי קושי' התוס' וכן הקשה בשם ארי' שם. ועי' בדרוש וחדוש מהגאון רע"א שם שהקשה בפשוטו על התוס' דמה בכך דהוי בעיא דלא אפשטא הא מ"מ הדין דאין מוציאין מחמת ספק ועי"ש מה שתי'. ותי' לא שייך על קושי' הנ"ל כמו שיראה המעיין שם :

אבל באמת לק"מ דהא בתי' הא' ס"ל להתוס' דאמרינן מגו להוציא וא"כ אין אנו צריכין לצירוף חזקה עם המגו דעיקר סברת הג"ת והתומים הנ"ל הוא רק לדידן דל"א מגו להוציא מש"ה הוצרכו לסברתם דהזקה מסייע להמגו כדי שלא תקשי קושי' הנ"ל דלמאי מספקא להגמ' כו' אבל התוס' ס"ל בתי' הא' דאמרינן מגו להוציא וא"כ אין אנו צריכין לצירוף חזקה עם המגו ושפיר קושי' התוס' אע"ג דבעיא היא אי אמרינן מגו במקום חזקה והוצרכו ליישב דשאני חזקה דהכא עדיפא ולק"מ קושי' הנ"ל על הג"ת והתומים דשפיר י"ל כתי' הנ"ל לדידן דקי"ל דל"א מגו להוציא. ולפ"ד הג"ת והתומים הנ"ל יש ליישב קושי' הש"ך בסי' י' שהק' מלקמן סי' נ"ט סעי' א' בהג"ה דאין אומרים מגו במקום חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו ולמאי א"צ לומר דשל אחרים הוא כו' ומחלק בין החזקות ולפ"ד הג"ת והתומים ניחא דדוקא בהא דתו"ז דאיכא חזקת ממון דמסייע להמגו מש"ה מבעיא לן אבל בהא דאומר של אחרים הוא דליכא חזקת ממון דהא אין הלוה תופסם בשביל עצמו אלא בשביל אחרים ע"י טענתו ומש"ה לא מהני מגו במקום חזקה ומיושב קושי' הש"ך הנ"ל וכ"כ בשם ארי' שם ליישב כן קושיית הש"ך רק הוא כ' על חזקת מ"ק דליכא אחרים :

וכן ראיתי בס' נחל יצחק בסי' ס"ב שכ' ליישב כן קושיית הש"ך הנ"ל ומיישב שלא תקשה מד' הר"ן והרמב"ן בשבועות גבי נסכא דר"א הובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ג והאריך בזה ועי"ש עוד בשם ארי' בסי' ב' ג' מ"ש ליישב קושי' זו מד' הר"ן והרמב"ן גבי נסכא דר"א והאריך בזה ועי' בדברי משפט בסי' ס"ב מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק ח' מ"ש בזה יעוש"ה. עוד הק' הג"ת שם דמאי מספקא להגמרא אי אמרינן מגו במקום חזקה הא ודאי דחזקה עדיפא דמהני לאפטורי משבועה ומגו לא מהני לאפטורי משבועה עכקוש"י והניח בקושי' • וראיתי בברית אברהם חאה"ע סי' כ"ז אות ז' שכתב כלל מהדוש לייבב קושי' זו דהא דמבעי התם היינו להלכה דא"ל לפורעו בעדים וא"כ טענת פרעון טענה מעלייתא היא אך דבאנו לגרוע הטענה עפ"י החזקה וא"כ אף דחזקה אלימי ממגו מ"מ עכ"פ במגו המתנגדת מגרע כח החזקה במקלת דאין כחה עתה היכי דים מגו מתנגדת ככחה מאז בלא מגו מתנגדת ד"מ במשקלות שקולין בכף אחד ליטרא ובשני' חצי ליטרא דהליטרא

דהליטרא שוקל יותר מחצי ליטרא מ"מ כיון שלא הי' נותנו בכף השני' חצי ליטרא הי' הכף מכריע ליטרא וכעת שנתנו בכף השני' חצי ליטרא תו אין משקל הליטרא מכריע אך חצי ליטרא. וא"כ מיבעי שפיר דלמא לא אלימא החזקה לגרוע הטענה מעלי' של הנתבע רק כשיש לה כחה בשלימות אבל עתה שיש מגו מתנגדת נשאר טענה מעלי' של הנתבע. אבל היכא דבלתי כח החזקה ובלתי כח המגו הוא טענה גריעא ובאנו להאמין במגו ממילא כשיש חזקה מתנגדת נדחה המגו לגמרי דהא חזקה עדיפא ממגו כו' וממילא נשאר טענה גריעא כמו בהא דעדים שאמרו דכתב ידם יוצא ממ"א לא מהימני גם בלא חזקה מחמת כיון שהגיד וטענה זו גריעא גם באנוסים מ"כ וא"כ באנו להאמינם מחמת מגו א"כ חזקה דאין העדים חותמין מדחה המגו לגמרי כו'. ונקוט כלל זה בידך דודאי חזקה לחוד עדיף ממגו לחודי' כו' ותלי בזה אי בלתי החזקה ובלתי המגו הוי טענה מעלי' ובאנו לגרוע הטענה מחמת חזקה מיבעי לתלמודו אולי אין כח החזקה לגרוע הטענה רק כשאין מגו מתנגדת אבל היכא דבלתי החזקה ובלתי המגו הוא טענה גריעא ובאנו לאלומי הטענה מחמת המגו פשיטא דחזקה מדחה המגו עכ"ד ומיישב בזה קושי' הנו"ב מהדו"ק אה"ע סי' ל"ז דאמאי הימינן לשאלה נימא חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו והאריך בזה יעוש"ה ודבריו נכונים מאד:

ולפ"ד מיושב קושי' הג"ת והתומים הנ"ל ממגו להוציא דחזקה לחודה עדיפא ממגו לחודי' ופרעתי הוי טענה מעלי' וכיון דאיכא מגו המתנגדת להחזקה נשאר טענה מעלי' של הנתבע וכנ"ל ועי' בס' עזרת יהודא סי' ע"ט פ' פ"א מ"ש והאריך בזה וגם מיושב שפיר ד' התוס' בכתובות הנ"ל דהתם גבי בתולה הייתי הוי טענה מעלי' ושפיר קושי' התוס' אע"ג דבעי' הוא כו'. וגם מיושב נמי קושי' הש"ך הנ"ל מסי' ל"ט דל"א מגו נגד חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו דהתם הוי טענה גריעא לחוב לאחרים שבודאי חייב לזה רק דבאנו להאמינו מחמת המגו אתי החזקה כל דהוא ומגרע כח המגו וכמ"ש הברית אברהם הנ"ל ליישב קושי' הנו"ב. ועי' בס' נחלי מים מהגאון מהרי"מ מבריסק בסוף הס' בקונטרס עין המים בסי' א' מ"ש בד' הג"ת הנ"ל והאריך בזה ועי' לעיל בסי' מ"ז ס"ק א' מ"ש עפ"ד הברית אברהם הנ"ל ליישב ד' הב"ש באה"ע סי' פ"ה ס"ק ל' שלא יסתרו דבריו אהדדי מסי' ק' ס"ק ד' שכ' דל"א מגו נגד חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו. וגם שלא יסתרו מסי' ל"ט לדבריו דסי' פ"ה והארכתי בזה ועי' לעיל בסי' ס"ט ס"ק א' מ"ש ליישב קושי' הש"ך שם בס"ק כ"ו עפ"ד הברית אברהם הנ"ל יעוש"ה ועי' בס' נחל יצחק בסי' ב' מ"ש ליישב קושיית הג"ת הנ"ל מהא דמגו לאפטורי משבועה והאריך בזה:

והנה הנ"י בפ' מי שמת קנ"ד כ' דמודה בשטר שכתבו ואו' קטן הייתי דנאמן במגו דמזויף ואע"ג דחזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול והוי מגו במקום חזקה ובעיא לן בעלמא אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא הכא ודאי אמרינן מגו או משום שאין כל החזקות שוות או משום דאוקי ממונא בחזקת מרי' וכ"כ האחרונים עכ"ל. והביא הש"ך לעיל בס"ק ג'. ולכאורה דבריו תמוהין במ"ש משום דאוקי ממונא בחזקת מרי' דהא אף בתבעו אח"ז וא"ל פרעתיך בתו"ז איכא חזקת ממון להנתבע ואפי"ה מספקא להש"ס אי אמרינן מגו במקום חזקה וכן הק' התומים בסי' פ"ב ופי' דכונת הנ"י לחלק דאם טוען מעולם לא לויתי א"כ נוקי ממון בחזקת מרי' דמעולם לא נתחייב כלל וזה שאמר קטן הי' ולא נתחייב מעולם בזה ודאי מוקמינן בחזקת מרי' כו'. אבל בהך דתו"ז ודאי חייב כו' רק הספק בפרעון כו' וה"ל חזקה דאח"פ חזקה מעלי' דהחזקה שחייב לו והס' בפרעון ואמרינן אוקי לחזקתו דלא פרעו כלל כו' וא"כ הוא כלל גדול בדין מגו לחלק בנושאים

עכ"ד. וכ"כ בשעה"מ בסי' ע"א ס"ק א' לפרש כן ד' הנ"י ועי' בשם ארי' שם שהביא ד' השעה"מ וכ' עפ"ז ליישב קושי' הג"ת והתומים הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. ועי"ש עוד בשעה"מ מה שפי' פי' ב' בד' הנ"י הנ"ל והאריך בזה. אבל באמת ד' הנ"י פשוטים וכונתו כיון דהוי אבעיא דלא אפשטא אי אמרינן מגו במקום חזקה ממילא בהכי סגי למימר המגו לאוקמא ממונא בחזקת מרי' וכמו דפסקינן לעיל בסי' ע"א סעי' ד' גבי תו"ז דנאמן במגו וכן ראיתי בס' משנת דר"א שפי' כן ד' הנ"י הנ"ל ועי' בש"ך בס"ק ג' שהק' על הנ"י מסי' ל"ט דאין אומרים מגו במקום חזקה אף נגד חזקת ממון. ועי' בהגהות אמרי ברוך ובשם ארי' שם מה שהק' על הש"ך ומ"ש הנ"י הנ"ל דאין כל החזקות שוות וכ"כ התוס' בכתובות הנ"ל ועי' בפ"ך בסי' י' שכ' ליישב עפ"ז קושי' התוס' ב"ב ה' ב' ד"ה מי כו' ועי' בתומים בס"ק הנ"ל מ"ש והאריך בזה. ועי' בבית שמואל אחרון בסי' ס' שהביא ראי' לד' הש"ך דבחזקה אלימתא לא אמרינן מגו נגדה מב"מ ז' ב' ועי' בבית יהודא מ"ש עליו והאריך בזה ועי' ביבין שמועה כלל תקכ"ד מ"ש בזה. ולענין הפה שאסר במקום חזקה עי' בש"ך לקמן בסי' ק"ח ס"ק ז' ובקצה"ח בסימן ע"ח ס"ק ה' ובסימן ל"ז ס"ק י"א ובפ"י בגיטין י"ד א' בתוס' ד"ה ולא פש גבי' כו' מ"ש בזה. ועי' לעיל בסי' ע"ח ס"ק ד' מה שכתבתי בזה יעוש"ה ועי' בכנה"ג שכ' דהא דמגו במקום חזקה הוי ספיקא היינו היכא דהטענה היא נגד החזקה אבל אם הטענה שטוען אינה נגד החזקה רק מה שהיה יכול לטעון היא נגד החזקה א"כ. והוכיח כן מהא דרבה בריש ב"מ וכ"כ ביבין שמועה כלל תקנ"ט כהכנה"ג וכ"כ הנתיבות בסי' י"ט ובשערי בינה שער ה' אות י"א כהכנה"ג ועי' בתומים בסי' פ"ז ובשעה"מ בס"ק ז' מ"ש על הכנה"ג והאריכו בזה. ועי' בר"ן בקידושין בפ' האומר בסוגיא דיש לו בנים שכ' דמגו דבידו לעשות מעשה מהני אפי' במקום חזקה ועי' בקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק ג' ובסי' רנ"ה ס"ק ד' ובברית אברהם חאה"ע סי' י"ג ובחת"ס סופר אה"ע ח"ב סי' ס"ז ובדברי חיים בדיני ג"מ וג"ח סי' ד' ובנתיבות לעיל בסי' ס"ב ס"ק ט' ובס' שם אריה חאה"ע סי' כ"ט מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בשעה"מ בפ' כ"ב מהל' מכירה הלכה ט' שכ' עפ"ד הר"ן הנ"ל דמגו דבידו אלים טפי ואמרינן אפילו היכא שמשים עצמו רשע:

סימן ו

מגו לאלי טענה. כ' הר"ן בקידושין ס"ד א' דלא אמרינן גבי קדשתי' וגרשתי' כו' שהק' דלהימן לומר נשבית במגו דאי בעי אמר קדשתי' וגרשתי' דמהימן ופסיל לה מכהונה ותי' דמגו לאלי טענה ל"א כו' לפי שעכשיו הוא רוצה לפוסלה בין לענין תרומה ובין לענין כהונה וכי אמר גרשתי' לא פסיל לה אלא לכהונה עכ"ל. וכ"כ התוס' בכתובות ט' ב' ד"ה לא כו' דמגו לאלי טענה ל"א שכ' וז"ל אבל קשה דלהימנה במגו דאי בעי אמרה דמוכת עץ אני אפי' לרבנן דאמרי מוכ"ע כתובתה מנה דאין זה מגו דאינו רוצה להפסיד כלום מכתובתה עכ"ל. הרי דס"ל דל"א מגו לאלי טענה וכ"כ התוס' ב"ב ל"ג ב' ד"ה ואי כו' דמגו לאלי טענה ל"א. שהק' כי לא אמר נמי לפירות ירדתי אלא דאייתי סהדי דאכל שתי שנים כו' יהא נאמן במגו דאמר לפירות ירדתי לאו פרכא היא דאין זה מגו שהרי בא לתבוע גם הקרקע עכ"ל. הרי דס"ל דל"א מגו לאלי טענה וכ"כ הרמב"ן בחידושיו שם כהתוס' והביא ראי' לזה מהא דקידשתי' וגרשתי' הנ"ל כו' ועוד הביא ראיה לזה מהא דאמרינן בפ' יש נוחלין בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא א"נ ומשמע שהוא יורשו ובנו לכל דבר ואמאי נימא מתוך שבידו להפקיר נכסיו או ליתן מתנה לאחר הזמן ואינו יורש כו' אלא כיון דעיקר טענה דעבדי הוא לפוסלו מקהל ולקנות גופו הוא וא"כ עליו ל"א מגו גרוע לאלי טענה עכ"ל. וכ"כ התוס' יבמים

בכתובות

בכתובות כ"ב ב' ד"ה תרווייהו אפי' מגו דאי בעי שתיק לא מהני לאי טענה יעוש"ה · אך התוס' ב"ב קל"ד ב' ד"ה הואיל כ' וז"ל אע"ג דהאי מגו לא חשיבא שאם הי' מגרשה הי' פוסלה מן הכהונה והשתא שהו' זה בני לא פסיל לה מ"מ חשיב מגו לפוטרה מיבם עכ"ל. ומשמע פשטות ד' התוס' דהמגו מועיל לפוטרה מיבם להתירה לישראל אבל לכהן אסורה וכן פירש המהרש"א שם קל"ה א' ד"ה למאי ניחוש דזהו כונת התוס' ולכאורה ד' התוס' סתרי אהדדי ועי' ברמב"ן שם שהק' דאפילו לישראל נמי לא הוי לן למשרי דהא הוי לאי טענה ותי' דאין אנו מאמינים אותו לחצאין אלא דנאמן לגמרי דנהי אכפת לי' אם תנשא לכהן או לישראל ובשביל זה לא הי' משקר וכיון דהותרה הותרה ואף לכהן מותרת עכ"ל. אבל לפי מה שפי' המהרש"א בד' התוס' הנ"ל דרק לישראל מותרת אבל לכהן אסורה קשה דהא הוי מגו לאי טענה וכמ"ש התוס' בעצמם ל"ג ב' וסתרי ד' התוס' אהדדי לכאורה :

וצ"ל כמ"ש התומים בסי' ל"ב דהך מגו באמת גרוע היא רק הואיל ול"ל עדים דיש לו אחים רק חזקה בעלמא במגו כל דהו מתירין ובאמת ביש לו עדים אין מתירין דהוי מגו גרוע עכ"ד. ושפיר ד' התוס' הנ"ל ולא סתרי אהדדי ועי' בנתיבות בסי' י"א מ"ש בזה ולפ"ד נמי ניחא ד' התוס' הנ"ל ולא סתרי אהדדי ודעת הרשב"ס שם כפי מה שפי' מהרש"א וכן בל"ג ב' הנ"ל ס"ל דמגו לאי טענה ל"א. והק' התומים שם ממ"ש הרשב"ס שם דהאו' זה בני א"כ אלא במגו דה"ל ליתן במתנה ולכך א"נ אלא בנכסים שיש לו אז ולא בנכסים שנפלו לו אח"כ והא הוי מגו לאי טענה דהא באמירתו זה בני רוצה לזכותו אף בנכסים שנפלו לו אח"כ וכיון דלא מהימן לזה אף למה שיש לו מגו א"כ דמגו לאי טענה ל"א. וכ' ליישב די"ל דכי ל"א מגו לאי טענה היכא דא"א לעשות שניהם כגון יש לו בניס דאנן אמרינן הוא רוצה להתיר אותה לכהן וא"א לומר דגירשה דאסורה לכהונה וכן לעיל בפירות אם יאמר דאכל הרבה יצטרך לשלם ולכך מגו לאי טענה ל"א אבל באו' זה בני הא יכול לעשות שניהם ליתן לו כל אשר ימצא לו אז במתנה ומ"מ לומר זה בני כדי לזכות לו נכסים שנפלו לו אח"כ דבשביל שהוא בנו אין כאן סתירה מה שנותן לו במתנה וכי אין אב נותן מתנה לבנו וא"כ דיכול לעשות שניהם על נכסים שיש לו אז מגו דהא יכול ליתן במתנה ולומר זה בני ואין זה מגו לאי טענה עכ"ד. וכן ראיתי בהמקנה בקידושין שם שכ' דדוקא כשיטעון טענה אחרת לא יכול לטעון טענה זו כו' א"כ י"ל שרצה לטעון טענה מעלי' יותר אבל היכא שיכול לטעון בשני הטענות כו' פשיטא דאמרינן מגו בכה"ג והביא ראי' מקידושין ע"א ב' דמשני בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן ומשמע דעל הנכסים שבידו נאמן במגו ולא אמרינן דהוי מגו לאי טענה כו' וה"ט משום שהי' יכול ליתן הנכסים שבידו וגם לומר בכור הוא. ועוד הביא ראי' מלעיל סי' ע"ב דאם טען המלוה שחייב לו יותר מדמי המשכון אפי"ה נאמן כדי דמי המשכון במגו דלקוח הוא בידי ול"א דהוי מגו לאי טענה כו' והיינו משום שהי' יכול לטעון ב' הטענות שלקוח הוא בידי וגם חייב לו עכ"ד והיינו כהתומים הנ"ל. אבל במהרי"ט ח"א סי' ל"ג וסי' ק"ה כ' דאף היכא שאם יטעון טענת המגו יזכה בחצי טענתו ובחצי השני' יכול לטעון ג"כ הטענה שטוען עכשיו מ"מ לא הוי מגו די"ל שאינו רוצה לשקר בשני דברים עכ"ד והאריך בזה להוכיח כן יעוש"ה. והיינו דלא כהתומים והמקנה הנ"ל ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר בסי' פ"ב שהשיג על התומים מד' רמב"ן הנ"ל שהביא ראי' דל"א מגו לאי טענה מפ' האומר כו' קדשתי' וגרשתי' כו' ומפ' יש נוחלין בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא דא"נ וא"כ מוכח אף דיכול לעשות שתיהן מ"מ ל"א מגו לאי טענה עכ"ד. והיינו דמוכח מד' הרמב"ן אנו כהמהרי"ט הנ"ל וכן מוכח מד' הר"ן בקידושין הנ"ל כמהרי"ט שהוא כ' כד' הרמב"ן על הא דקדשתי' וגרשתי' הנ"ל משום דמגו לאי טענה ל"א וכן הביא המהרי"ט גופא שם ראי' זו ועי' בברית אברהם חאה"ע סי' ט' אות ב' שהביא ד' התומים והשיג עליו מד' מהרי"ט הנ"ל :

אך הסמ"ע בס"ק ג' הביא ד' מהרי"ט והשיג עליו והביא ראי' מהא דסי' ע"ב שהביא המקנה הנ"ל ודחה זה והביא ראי' מב"ב ל"ו א' גבי הנהו עיזי דאכלי חושלא כו' דמוכח דלא כמהרי"ט והאריך בזה ומתוך כך השיג על מהרי"ט ח"א סי' ס' גבי שטר עיסקא כו' דאינו משלם אלא מחצה דהיינו דוקא בטוען החזרתי מחצה אבל אם טוען החזרתי הכל א"כ אף על חצי במגו דנאנסו דהוי מגו לאי טענה דאם יטעון נאנסו יצטרך לשלם חצי כו'. והשיג עליו דלפמ"ש דהיכא דיכול לטעון שתי הטענות אמרינן מגו לאי טענה א"כ ה"נ איכא מגו מעלי' דאי בעי הוי אמר שנאנס הכל ופרע לו אח"כ הפלגא מלוה שחייב עליו אף אם נאנס עכ"ד. וא"כ שפיר י"ל כתי' התומים הנ"ל ולפ"ד מהרי"ט צ"ל בקושי' התומים הנ"ל על הרשב"ס כתי' הב' של התומים שם דלאו מטעם מגו מזכינן לי' רק מתורת מתנה והודאה ומהני הודאה על מה שעבר ולא על נכסים שיגי עלו מכאן ולהבא עכ"ד. ושוב ראיתי בסמ"ע בפ' כ"ב מהלכות מכירה הל' ע' שהק' נמי קושי' התומים הנ"ל ד' הרשב"ס אהדדי וכ' ליישב עפ"ד המהרי"ט שם בסי' ק"ה כו' דס"ל להרשב"ס דדוקא בההיא דפ' חזקת ל"א מגו לאי טענה משום דאם הי' טוען לא אכלי כלל הי' מפסיד הקרקע ושוב א"י לטעון מידי משא"כ באו' זה בני אמרינן דנאמן על הנכסים שבידו במגו דאי בעי יהיב לי' במתנה מהיום אם לא יחזור בו עד אחר מיתה ואי משום נכסים שנפלו לו אח"כ הרי יכול לטעון ולומר זה בני עכ"ד. אך על ד' הרשב"ס ב"ב קל"ה א' לפי' המהרש"א שם דס"ל דאף לכהן מותרת צ"ל כתי' התומים הנ"ל. ועי"ש עוד מ"ש ליישב ד' הרמב"ן שלא תקשה עליו מהא דקאמר הגמ' לא צריכא בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן ומ"ש בד' התוס' הנ"ל והאריך בזה ועי"ש עוד בברית אברהם מה שהשיג על תי' הב' של התומים הנ"ל ומה שהק' על זה בהא דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ובסי' ד' שם אות י"א מ"ש והאריך בזה. ולענין דינא העיקר דמגו לאי טענה ל"א. אך במקום דאפשר לעשות שניהם בזה אמרינן מגו לאי טענה וכהתומי' והמקנה והסמ"ע ודלא כמהרי"ט הנ"ל וכן פ' הנתיבות בחידושי' בס"ק י"א ועי"ש עוד בהמקנה ובשער אפרים סי' ק"ו ובשעה"מ פי"א ·מהל' איסורי ביאה ובשע"י תורה ח"א כלל ז' פרט ו' ובכלל י"א פרט ב' ובכלל כ"א פרט ב' ופרט ד' ובחת"ס סופר אה"ע ח"ב סי' כ"ז ובשאגת ארי' במכות ג' א' ד"ה כילד ובש"ך בסי' קל"ט ס"ק ה' מ"ש בזה יעוש"ה :

סימן ז

מגו למפרע ל"א : כ"כ התוס' בכתובות פ"ה א' גבי מלוגא דשטרא ד"ה אית לך כו' ובק"ע ב' ד"ה אם טען כו' וב"ב ל' א' ד"ה לאו קמודית כו' והרא"ש בפ' שני דייני בסי' י"ב כ' נמי כהתוס' שם דל"א מגו למפרע ובכתובות פ"ה גבי מלוגא דשטרי לא תי' הרא"ש כהתוס' שם אלא כ' דמיירי שהפקידו אצלה בעדים וגם ראו עתה בידה כו' יעוש"ה בסי' ה' ומשמע דס"ל דאמרינן מגו למפרע ועי' בתומים בסי' ס"ד ס"ק ב' שהביא ד' הקות יאיר בסי' ק"ל שכ' להוכיח כן מד' הרא"ש אלו מדלא תי' כהתו' ש"מ דס"ל דאמרינן מגו למפרע וא"כ לפ"ד קשה ד' הרא"ש אהדדי מהא דפ' שני דייני הנ"ל. אך התומים שם השיג על החות יאיר וכ"כ התומים כאן בסי' ק"ט דהעיקר כמ"ש המהרי"ט דאף הרא"ש מודה דל"א מגו למפרע היכא דל"ע א"כ טענה במגו שהי' טוען מקודם כו' רק אי מני לפרש דבריו כגון בהך עובדא דסבתא דאמרה כתס מהיס תפסינהו

דדעת התוס' דתו לא מצי לפרש דבריו לומר שהי' תובע ממנה מהייס והיא עכבתו מכח תפיסה ודעת הרא"ש דמצית לפרש דברי'. וכן בפ' חזקת באומר מפלניא זבינתי' דזבנא ממך דדעת הרא"ש דמצי לפרש לדבריו דזבנא ממך קמי דידי ודעת התוס' הואיל ואמר סתם תו לא מצי לפרש קמי דידי זבנא ממך עכ"ד. וכ' דאף רש"י בכתובות שם נמי ס"ל הכי ע"ש וא"כ לא סתרי ד' הרא"ש אהדדי. וכן ראיתי ביבין שמועה בכלל תקע"ג שהק' ד' הרא"ש אהדדי ומיישב דאין ראי' מהא דפ' הכותב ומסקנתו דהרא"ש ס"ל דל"א מגו למפרע יעוש"ה. והיינו כהתומים הנ"ל. ועי' בשמן רקח ח"א סי' ס"ט שמיישב ד' רש"י מקושי' התוספות דלפי שיטת רש"י מוכח דס"ל דר' יוחנן ס"ל דאמרינן מגו למפרע והאריך בזה:

והנה הש"ך בסי' י"ז הביא ד' הר"ש והסכים עמו דמגו לא מהני רק בתוך כ"ד כמו נשביתי וטהורה אני וכן א"א הייתי וגרושה אני והטעם משום דלאחר כ"ד הוי מגו למפרע ובסי' י"ח הביא הש"ך ד' הר"ש והסכים עמו דהיכא דלא הוי אלא פי' דבריו כמו את בתי נתתי לאיש הזה כו' משמע אפי' לאחר כמה ימים וכן הוא בתוס' כתובות כ"ב א' ד"ה מנין ט'. ובטור אה"ע סי' קנ"ב כ' וז"ל לא היתה בחזקת א"א ובאה לפנינו ואומרת א"א הייתי וגרושה אני נאמנת כ' הר' ר' יונה דוקא בתוך כ"ד אבל לאחר כ"ד לא מהימנא אא"כ נותנת אמתלא לדברי' והרמ"ה כ' שא"צ תוך כ"ד ומ"מ צריך שתאמר כן קודם שיסתלקו מאותו ענין כ"ז שתעסוק בו בתוך כ"ד של דבור אחרון. וכ"ל שא"צ לא לזה ולא לזה כיון שאינה עוקרת דברים הראשונים אלא מוספת עלי' לומר נתגרשה וכיון שלא ידעינן שהיתה א"א אלא על פי' נאמנת עכ"ל הטור. ובשו"ע שם סעי' ו' הביא ב' דיעות דעת הטור בסתם ודעת ר' יונה בשם י"א וכן הוא דעת הה"מ בפי"ב מהל' גירושין הלכה א' כהטור והביא שם שכן הוא דעת הר"ר יחיאל ובשם הרמ"ך הביא שס"ל כדעת ר' יונה יעוש"ה. ומד' הרא"ש הנ"ל מוכח שס"ל כדעת ר' יונה והרמ"ך ועי' בב"ש שם בס"ק י' שכ' דדוקא בא"א הייתי בזה ס"ל להדיעה קמייתא דמהני אפי' לאחר כ"ד דהוי כמפרש דברי' מה שאמרה א"א הייתי היינו הייתי כבר ועכשיו גרושה אני אבל אם אמרה א"א אני לכ"ע א"כ לאחר כ"ד לומר גרושה אני דהא מכחשת דברי' אלא תוך כ"ד נאמנת אפילו להכחיש דברי' כו' אפילו לדעת הרמ"ה כו' היינו דוקא באומרת א"א הייתי עכ"ד:

וכ"כ התומים דמחלוקת הטור ור' יונה והרמ"ה תליא בפלוגתא של התוס' והרא"ש הנ"ל דהטור נמשך אחר דעת אביו הרא"ש דאם מפרש דבריו אף שמוסיף מ"מ אמרינן מגו אף למפרע ולכך היא שמפרשת דברי' א"א הייתי ועכשיו אני גרושה א"צ כ"ד. אבל ר"י ס"ל כהתוס' דאף זה בכלל מגו למפרע עכ"ד והיינו כהב"ש הנ"ל דכ' דפלוגתא של הטור ור' יונה והרמ"ה מיירי דוקא בא"א הייתי ולא בא"א אני ועי' עוד בתומים בסי' ק"י שכ' דהרמ"ה מיירי דוקא במפרש דבריו כו' והביא ד' הב"ש הנ"ל והשיג על הכנה"ג. וד' הב"ש שכ' דהיכא דלא הוי אלא פי' דבריו כו' מהני אפי' אחר כמה ימים וכן הוא דעת התוס' הנ"ל אינו ענין לד' התוס' והרא"ש והטור ור' יונה. דהטור ור' יונה מיירי היכא דבא להוסיף על דבריו כמו בא"א הייתי דצריכה להוסיף ולומר גרושה אני וכן בהא דהתוס' והרא"ש הנ"ל גבי מלוגא דשטרי אין צריכין פי' לדברי' רק דבאו לפרש דברי' לומר שהי' תובע ממנה מהייס והיא עכבתו מכח תפיסה בזה פליגי התוס' והרא"ש וכן בההיא דפ' חזקת מפלניא זבינתי' דזבנא ממך אין צריכין פי' לדבריו בזה פליגי התוס' והרא"ש אי יכול לפרש דבריו ולומר דזבנא ממך קמי דידי. אבל בהא דהרא"ש והתוס' הנ"ל שדבריו צריכים פירוש שאמר את בתי נתתי ולא ידענא למי ומסתמא האב יודע למי קדשה בזה נאמן לפרש דבריו אפי' אחר כמה ימים ועי' בהה"מ שם שהק' על הרמ"ך דא"כ למה קתני ואם יש עדים שהיתה א"א א"כ ה"ל למתני רבותא דאפי' לאחר כ"ד א"כ עכקוש"י. ועי' בבית שמואל אחרון אהע"ז סי' כ"ג מ"ש ליישב זה ועי' בשעה"מ בס"ק ח' ובסי' ל"ט ס"ק א' ובדברי חיים בדיני גיטין בסי' ל"ג מ"ש בזה. וכיון דהש"ך הביא ד' הרא"ש והסכים עמו א"כ מוכח דאף היכא דהוי מוסיף על דבריו א"כ אלא דוקא תוך כ"ד דלאחר כ"ד הוי מגו למפרע ועי' בתשובות בית אפרים חאה"ע סי' א' וסי' ז' מ"ש בד' הש"ך הנ"ל ועי' לקמן בסי' קמ"ו בש"ך בס"ק ע"ו ובתומים בס"ק י"ז ובקצה"ח שם בס"ק י"ב ובנתיבות שם בס"ק כ"ב ל' ובסי' ע"ב ס"ק ל"ד ובסי' ס"ה ס"ק כ"ג וסי' כ"ו ס"ק ח' מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן ח

מגו דבי תרי לא אמרינן. כ"כ התוס' בכתובות י"ח ב' ד"ה א"נ וד"ה מחמת נפשות וי"ט ב' ד"ה ואם כתב ידם וב"ב ל"א ב' ד"ה וזו כו' ובנ"י שם והר"ש הביא הש"ך בסימן כ' והטעם משום דאין אחד יודע מה בלבו של חבירו ומה שירצה זה לטעון לא יטעון זה. וכ' מהר"י מינץ דכי ל"א מגו דבי תרי דוקא במקום שאם שני עדים לא יכוונו עדותם לדעת אחד אינו מועיל עדותם אבל אם אפי' לא יכוונו עדותם מ"מ עדותם מועיל אמרינן מגו דבי תרי הובא דבריו בכנה"ג אות כ"א ועי' בתומים בסי' כ"א מה שהק' עליו והאריך בזה. ועי' בנתיבות בסי' ע"ו מ"ש ליישב קושי' התומים ועי' בפ"י בכתובות שם ובתוספות רע"א במשניות בכתובות שם אות כ' ובתפארת ירושלים שם ובמעין גנים מ"ש בזה ועי' ביבין שמועה כלל תקס"ב מ"ש על ד' הר"ש הנ"ל יעוש"ה. עוד כ' הר"י מינץ הובא בכנה"ג אות כ"ב דהא דמגו דבי תרי ל"א דוקא כשהעדות בד"א והמגו בדבר אחר אבל כשבין העדות והמגו בדבר אחד אף בשני עדים אמרינן מגו ובאמת דבריו תמוהין מד' התוס' מ"כ הנ"ל שתי' דמש"ה א"כ לומר אנוסים הייתו מחמת ממון במגו דאי בעי אמרי אנוסים הייתו מ"כ משום דהוי מגו דבי תרי וכן תי' בד"ה א"כ שם והא שם הוי בענין אחד לפסול השטר ואפ"ה ס"ל להתוס' דהוי מגו דבי תרי דלא כמהר"י מינץ. וכן ראיתי בברית אברהם חאה"ע סי' כ"ט שהשיג כן על מהר"י מינץ והאריך בזה ועי' בהמקנה בקידושין מ"ג ב' בתוס' ד"ה לעולם מ"ש בזה:

והנה היכא דהוי לפטור נפשם אמרינן מגו דבי תרי דבטוחים הם זה על זה שיאמרו דבר אחד כ"כ התוס' בקידושין מ"ג ב' ד"ה והשתא בשם הר"י מקולי והובא בש"ך בסי' כ' ועי' בבית יעקב בכתובות י"ח ב' ד"ה א"נ שהק' על ד' התוס' אלו מהא דמבואר לעיל בסי' מ"ו סעי' ל"ז דהעדים חייבים לשלם מדינא דגרמי וא"כ קשיא להם מגו דפרוע הוי לפטור נפשם ואמאי כ' התוס' דהוי מגו דבי תרי עכקוש"י. וכן הק' בשעה"מ בסי' פ"א ס"ק י"ג ובבית יהודא בסי' ל"ח ובתנא תוספאה בפ"ב דקידושין בעטור בכורים. ועי' לעיל בסי' כ"ט ס"ק ד' מה שכתבתי ליישב קושי' זו עפ"ד השעה"מ בסי' מ"ו ס"ק י"ט יעוש"ה וראיתי בס' גור ארי' יהודא בשבועות מ"ה ב' ד"ה בעדים שהק' על קושי' התוס' שם שהק' מרים אה"נ כו' דלהימני' במגו כו' דהא מבואר בתוס' כתובות י"ח דמגו בשני עדים ל"א עכקוש"י והניח בצ"ע. ולא ראה ד' התוס' בקידושין הנ"ל שכ' להדיא דלפטור נפשם אמרינן אף מגו דבי תרי ועי' בתשובות בית אפרים חחו"מ סי' ע"ד שכ' דע"כ לא כ' התוס' דלפטור נפשם אמרינן מגו דבי תרי אלא היכא דהטענה שכיחא אמרינן שבודאי שניהם לדבר אחד נתכוונו משא"כ אם הטענה ל"ש אז אף בכה"ג ל"א מגו דבי תרי דמ"מ חושש כ"א שמא לא יתכון חבירו עמו לדבר זה כיון דל"ש עכ"ד. ולפ"ד מיושב קושיית הבית יעקב הנ"ל כיון דהוי מגו דל"ש. אך מ"ש הבית אפרים שם כן בכונת התוס' כתובות הנ"ל ד"ה מ"כ אין דבריו נכונים בזה דהא התי' דאונס מחמת נפשות ל"ש כ' התוס' בתי' הא' ובתי' הב' תי' התוס' דמגו דבי תרי ל"א וא"כ ל"ל כמ"ש הבית אפרים

אפרים שם יעוש"ה ועי' בנ"י שם שכ' עוד תי' דמש"ה א"נ בתראי במגו דפסליגהו לקמאי בגזלנותא דעדים לא מהימני במגו עפי ממאי דמהימני מתנות עלמם דבעדים לא שייך מגו דלא שייך מגו אלא במי שא"נ בדבריו עכ"ל והוא מד' החידושי הרמב"ן שם וכ"כ הריטב"א בקידושין מ"ג ב' כהאי תירוץ ועי' בדברי משפט בסי' קכ"א ס"ק ו' ובישועות יעקב בסי' ל"ח ובאה"ע סי' ג' ס"ק ג' וסי' י"ז ס"ק ז' ובהמקנה בקידושין ס"ד א' ד"ה נשביתי כו' ובספר ישועות ישראל בסי' ל"ג ס"ק א' ובסי' מ"ו ס"ק ד' ובס' ערוגת הבושם ביו"ד ס' ל"ט ס"ק ה' מ"ש בזה :

ולענין מגו דאי בעי שתקי היכא דרוצה לפוסלה מכהונה אי אמרינן ולענין מגו בדדמי אי אמרינן מגו דשתיק עי' בתומים בסי' ס' ובנתיבות בסי' י"ז ובברית אברהם חאה"ע סי' ל' אות ב' מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בשעהמ"ש בס"ק ו' מ"ש לענין מגו בדדמי והאריך בזה ולענין מגו דלא שכיח כ' הר"ש הובא דבריו בש"ך בסי' כ"ב דלא אמרינן והביא ראיה מהא דמשארסתני נאנסתי כו' והש"ך השיג עליו והאריך בזה ומסקנתו נוטה דס"ל דאמרינן מגו דל"ש . ועי' בתומים בסי' מ"ו ובנתיבות בסי' י"ד ובהגהות אמרי ברוך ובנועין גנים ובשערי בינה שער כ' דין כ"ה אות ח' ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ס' מ"ש ליישב קושי' הש"ך והאריכו בזה ועי' בפ"י בקידושין ס"ד א' שתי' על קושי' הר"ן שם דמש"ה א"נ לומר נשבית במגו דקדשתי' וגרשתי' משום דהוי מגו דלא שכיחא . ועי' בהמקנה שם שהשיג עליו וכ' דהא דל"א מגו דלא שכיחא היינו כשאינו יכול לטעון שתי הטענות כו' אבל הכא שיכול לטעון ב' הטענות שנשבית וגם נתגרשה שפיר הוי מגו . ועוד השיג עליו עפ"ד הסמ"ע בסי' ק"ח ס"ק י"ז גבי החזרתי במגו דנאנסו כו' וכ"כ בהפלאה בכתובות י"ט א' ברש"י ד"ה אין המלוה דהיכא דיכול לטעון ב' הטענות אמרינן מגו דלא שכיחא . ולענין אי אמרינן מגו במקום ע"א היכא דא"ל לשבע נגדו הכנה"ג אות פ"ג כ' דלדעת הרמב"ן והריטב"א ל"א מגו כזו ולדעת התוס' אמרינן מגו כזו ובתומים בסי' פ"ב השיג עליו וכ' דלכ"ע היכא דא"ל לשבע נגדו אמרינן מגו במקום ע"א והאריך בזה . ועי' בנתיבות בסי' כ"א מ"ש בזה ועי' באה"ע בסי' מ"ב בב"ש בס"ק ו' שהשיג על הב"ח שכ' דאם אחד מכחישו ואמר שהי' קידושין אלא כונתו הי' לשחוק אף השני א"ל לחוש כו' דנאמן במגו דהי' יכול להכחישו והשיג עליו דזה דומה לאו' חטפתי ודידי חטפתי דא"כ במגו דהי' יכול להכחישו וכמ"ש התוס' בפ' חזה"ב בשם ריב"ם כו' עכ"ד . ועי' בחכם לבי סי' קע"ו שהשיג על הב"ש דהתם גבי נסכא דר"א הטעם מפורש דהוי משואיל"מ אבל היכא דליכא דין שבועה מהימן במגו עכ"ד . וכן השיג עליו בהמקנה בקו"א שם ועי' באבני מלואים שם בס"ק ד' ובטיב קידושין שם בס"ק ז' ובס' זית רענן ח"ב חאה"ע סי' ל"ד ובס' ברית יעקב חאה"ע סימן ל"ז מ"ש ליישב ד' הב"ש ועי' לעיל בסי' נ"ח בש"ך ס"ק י"א שהשיג על מהרא"ן ששון בכה"ג ועי' בפרמ"ג ביו"ד סימן ל"ע במשבצות זהב בס"ק כ"ב שכ' דל"א מגו במקום ע"א גבי איסורים . ועי' בספר בית ילחק בשער הספיקות בסימן כ"ד שהשיג עליו דל"א מגו במקום ע"א היינו דוקא בממון דשייך בו שבועה להכחיש את העד אבל לא באיסורין עכ"ד והיינו כמו שהשיגו החכם לבי והמקנה על הב"ש והש"ך על מהרא"ן ששון הנ"ל כן השיג הבית ילחק על הפרמ"ג ועי' לעיל בסי' נ"ח ס"ק ג' מ"ש ליישב ד' הפרמ"ג מהשגת הבית ילחק יעוש"ה :

ולענין מגו נגד הקול. עי' בתומים בסי' ל"ה ובנתיבות בסי' י"ב ובכ"ב מהדו"ק חחו"מ סי' ל' אות כ"ז ובחאה"ע סי' ע"ב בהג"ה ובהפלאה בכתובות ט"ז א' ד"ה כיון כו' ובברית אברהם חאה"ע סי' ל"ד אות י' ובס' נחל ילחק סימן ע"ט ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה. ולענין מגו נגד השטר עי' לקמן בסי' פ"ח בש"ך ס"ק מ"ח שהק' דלמאי א"כ הלוה במגו דהי' כופר הבעל פה והי' מודה מה שבשטר כו' דש"ה כיון דלעולם הי' השטר בתוקפו משא"כ בסי' רל"ו דאי הי' טוען נאנסו לא הי' השטר כלום עכ"ד . הרי דס"ל דל"א מגו נגד השטר ועי' בנתיבות שם בס"ק ט' מ"ש בכונת הש"ך ועי' בתומים בסי' ל"ד שכ' דל"א מגו לאורעי שטרא והאריך בזה ומסקנתו דבדבר שהשטר עומד לכך אמרינן מגו נגד השטר והביא כן בשם הרמ"א בתשובה סי' ע"ב ועי' בנתיבות בסי' כ"ד מ"ש בזה . ובאמת הדבר תמוה דהא מבואר בתוס' ב"ב ה' ב' ד"ה מי אמרינן שכ' דהזקה עדיפא משטר וראי' דבחזקה דתו"ז ל"ב שבועה . ובשטר אין המלוה גובה כ"א בשבועה כו' יעוש"ה וכיון דאנן פסקינן בסי' ע"ח סעיף ד' דאמרינן מגו במקום חזקה דתו"ז ואין המלוה יכול להוציא מן הלוה א"כ כ"ש דראוי לומר דמגו במקום שטר מהני אף דהי' בתוקפו . וכן ראיתי בדברי הייס בדיני טוען ונטען סימן י"ח שהק' כן על הש"ך הנ"ל וקושי' הש"ך י"ל כמ"ש באורים שם ס"ק כ"ה דאי ל"א מגו מממון לממון א"ש ועי' בשערי בינה שער י"ג אות י"ז שכ' נמי ליישב כן קושי' הש"ך הנ"ל ועי' בהגהות מהרי"ש מה שתירץ קושי' הש"ך . ול"ע לדינא בזה אי אמרינן מגו נגד השטר . ולענין מגו מממון לממון עי' בש"ך בסי' י"ג ובתומים בסי' קל"ו ובנתיבות בסי' ל"ד ובסי' ק"נ בש"ך ס"ק ג' ובנתיבות שם ס"ק ג' ובבית יהודא כאן בס"ק ו' וביבין שמועה כלל תקמ"ט תקנ"א תקנ"ב מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בשעה"מ בפ"ח מהל' טוען הל' ז' שכ' דר"ת ס"ל דבברי ושמא אמרינן מגו ממומון לממון ועי' בשערי בינה שער ה' אות כ"ד ובשער כ' דין א' אות י"ט ובדין י"ט אות ג' מ"ש בזה . ולענין תרי מגו אי אמרינן עי' בשערי בינה שער ה' אות י"ח מה שהאריך וכ' בזה יעוש"ה . ולענין מגו דאינו יודע כ' התוס' בב"מ ל"ז ב' ד"ה ביוס כו' וד"ה ר"ה דלא אמרינן דאין אדם טוען ברלון א"י וכן כ' הר"ן בפ' כל הנשבעין והובא בש"ך בסי' ג' ועי' בתומים בסי' ק"ל שהניח דין זה בצ"ע דלפי דעת הפוסקים דס"ל דל"א מגו לאפטורי משבועה אין כאן ראיה . ובאמת לדידן ניחא דאנן ס"ל דאמרינן מגו לאפטורי משבועה רק דמגו דהעזה לאפטורי משבועה ל"א וכמ"ש הש"ך בסימן ו' ועי' לעיל בסימן ד' מ"ש בזה וא"כ שפיר הביא הש"ך דין זה להלכה דלדידן מוכח דל"א מגו דא"י וכן פ' הנתיבות בסימן ל"ג דל"א מגו דא"י ועי' בספר מנחת הבכר בב"מ שם שכתב די"ל דדוקא לאפטורי משבועה ל"א מגו גרוע כזו דא"י אבל לאפטורי ממנון אפשר דאמרינן עכ"ד . ומסתימת ד' הפוסקים הנ"ל משמע דאין חילוק ועי' לעיל בסי' ע"ה ס"ק כ"ח שהשגתי על המהנה לוי בשבועות מ' א' שכ' דהיכא דטענו בס' עפ"י העד בזה יש להאמין להנתבע במגו דא"י יעוש"ה :

ולענין מגו היכא דאף אם הי' טוען טענת המגו לא היה זוכה רק היא יותר טובה. הביא בכנה"ג אות קל"ב בשם מהריב"ל דל"א מגו כזו והטעם די"ל איערומי קמערים ועי' בתומים בסי' קל"ב שכ' דל"ע בברי ושמא דהא בהנושא את האשה והיא אומרת מוכ"ע אני דנאמנת במגו דמוכ"ע אני תחתיך ואילו אם טוענת מוכ"ע אני תחתיך א"כ כו' כי ל"ע ללמוד המגו למקום אחר כי שם לכ"ע חזקת הגוף עכ"פ מסייע לה עכ"ד . ובאמת בחידושי הרשב"א בקידושין ל' א' ד"ה הא כו' כ' בהדיא דבברי ושמא אמרינן מגו כזו אף שלא הי' זוכה בטענת המגו רק שהוא יותר טובה והביא ראי' מהא דמשארסתני נאנסתי הנ"ל וכ' שכן הוא דעת התוס' שם ד"ה הי' לי' כו' דמזיד הייתי הוה טענה קרובה יותר שלא הי' נראה כמשקר כ"כ כמו בטענה שלא הי' בלבי והיינו משום דהוי ברי ושמא אבל בברי וברי לא חשבינן מגו אלא בטענה שאם טען כך הי' נאמן וזה שחלק ר"י כו' דאין שור שחוט לפניך עכ"ד יעוש"ה . הרי דס"ל להדיא דבברי ושמא אמרינן מגו כי האי ולא ראה התומים ד' הרשב"א אלו וכן ראיתי בשעהמ"ש בס"ק ט' שהביא ד' הרשב"א אלו דבברי ושמא אמרינן אף מגו כי האי כו' אך הביא שם דבחידושי הריטב"א בכתובות שם הק' קושיא

קושיא זו דלאו מגו הוא כלל כיון דגם מוכ"ע לא מהימנא וכ' דעיקר אחזקה דגופה קסמיך הש"ס ויש ספרים דלא גרסי כלל האי טעמא דמגו עכ"ל וא"כ לפ"ד הריטב"א אלו לא מהני מגו כי האי. וראיתי בפ"י בקו"א בכתובות אות ל"ט שכ' דיש לתמוה שלא נזכר דין זה בפוס' דברי ושמא ומגו גרוע נחייבין ממון עכקוס"י והאריך בזה. וגם הוא לא ראה ד' הרשב"א הנ"ל דמבואר להדיא דמהני מגו גרוע בברי ושמא ולפ"ד הריטב"א הנ"ל תליא דין זה אי מהני מגו כי האי בברי ושמא בב' תי' של הגמ' בכתובות שם דלתי' הא' דהטעם הוא משום מגו מוכח דמהני מגו כי האי ולתי' הב' דהטעם הוא משום חזקה לא מהני מגו כי האי וא"כ לפ"ד הר"ש והס"ך בסי' ע"ג שכ' דבברי ושמא אמרינן מגו להוציא ועי' לעיל בסי' א' מ"ש בזה וא"כ מוכח דמהני מגו כי האי היכא דהטענה יותר טובה ועי' לעיל בסי' ע"ה ס"ק י"ג מ"ש בזה יעוש"ה:

ולענין מגו מגברא לגברא עי' במהרי"ט ח"ב בחו"מ סי' ל"ג ובס"ך לקמן בסי' קכ"ו ס"ק כ"ח ובתומים בסי' קל"א ובנתיבות בסי' ל"א ובסי' ל"ב ס"ק ב' ובנו"ב מהדו"ק חחו"מ סי' י"ט ובבית יהודה בסי' קכ"ו ובשיבת ציון בסי' ק"ה ובשערי בינה שער י"ט אות ג'. ובאמת משמע מד' התוספות בכתובות י"ט ב' ד"ה ואם כו' וב"ב ל"א ב' ד"ה וזו כו' שהקשו דאמאי לא מהימנא בתראי במגו דפסליניהו לקמאי בגזלנותא והא הוי מגו מגברא לגברא שמא יפסלו העדים בגזלנותא ויפסלו הרבה שטרות שאותן העדים חתומים בהם ומאי קשי' להו להתוס' ומשמע דס"ל להתוס' דאמרינן מגו מגברא לגברא. ושוב ראיתי בבית יעקב בכתובות שם שתי' כן קושי' התוס' הנ"ל דל"א מגו מגברא לגברא ועי' בנ"י בריש ב"מ שכ' ליישב קושי' התוס' דמש"ה א"כ לומר חצי שלי במגו דאי בעי אמר כולה שלי משום דיותר נוח לאדם לטעון טענה שיטול כל תביעתו משיטעון טענה שלא יטול כ"א פלגא תביעתו ואף בטולה לחשבון אחד ודלמא טוען בערמה חצי שלי כדי שיטול כל תביעתו וכשם שאלו אמר כולה שלי אינו נוטל אלא חצי טענתו אף באו' חצי' שלי אינו נוטל אלא חצי טענתו עכ"ד והוא מד' הר"ן בחידושיו שם. וז"ה כלל גדול בדיני מגו ולא ידענא אמאי לא הביאו הפוס' ד' הנ"י אלו ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ט אות ג' שהביא ד' הנ"י אלו ועי' עוד בנ"י ב"ב מ"א ב' גבי הבוא דדר בקשתא בעיליתא כו' כ' וז"ל דל"א מגו אלא במלתא דבתר דמהימנינן לי' משום מגו תו ליכא ספיקא אבל במלתא דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי ל"א מגו דלא מפיו אנו חיים שנאמין כ"כ לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחר מדעתינו לקיים דבריו ולמטען שהמוכר לקחה מן המערער עכ"ל והוא מד' הרמב"ן בחידושיו שם והובא ביבין שמועה כלל תקע"ו ובכנה"ג אות קל"ה ועי' בתומים שהניח דין זה בצ"ע ועי' בס' זית רענן ח"ב חחו"מ סי' כ"ח שכ' דגם התוס' ב"ב שם ל' א' ד"ה לאו נמי ס"ל סברת הנ"י הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה:

סימן ט

מגו במקום דמשים עצמו רשע. כ' הר"ש והובא בס"ך בסי' כ"ד דלא אמרינן דא"כ לומר לא אכלתי מגו דיכול לומר מזיד הייתי גבי אמרו לו שנים אכלת חלב וגבי פלוני רבעני לרצוני ולא מהימן במגו דאי בעי אמר לאונסי כו' שא"כ לומר דבר אחד אע"ג דלא משוי נפשי' רשיעא מגו דמצי למימר דבר דמשוי נפשי' רשיעא וכן להיפוך לא מהימן למשוי נפשי' רשיעא מגו דהוי בעי אמר טענה דלא משוי נפשי' רשיעא עכ"ל. וכ' הס"ך דמ"ש גבי אמרו לו שנים כו' אע"ג דחכמים פליגי התם בכריתות ואמרי מה אם ירצה לומר מזיד הייתי הא כ' התוס' כו' דא"כ לפסול עצמו אבל הכא עושה תשובה ואינו רוצה להביא חולין לעזרה עכ"ד. ועי' ביבין שמועה בכלל תקס"ח שהקשה נמי כן על הר"ש דהא קיי"ל כרבנן יעוש"ה. ובאמת לשון הר"ש מגומגם לפ"ד הס"ך דה"ל להר"ש לומר דא"כ במגו דמשים עצמו רשע ורא"י מאכלתי חלב כו' והי' מוכח שפיר דשם מהימן משום שלא להביא חולין בעזרה אבל בכ"מ א"כ וכמ"ש הס"ך אבל הפשטא דכתב הר"ש דא"כ בלא אכלתי חלב במגו דמזיד הייתי בזה הלשון מגומגם דהא סוף סוף בהאי דינא דאמר לא אכלתי חלב נאמן כרבנן משום דאימור מתכוין לטובה וכן הקשה בספר שורש יוסף בכללי מגו על הס"ך והניח בצ"ע ואינו כעת ת"י. ועי' בש"א במכות ב' א' ד"ה מעידין כו' מ"ש ליישב ד' הס"ך הנ"ל ומ"ש ליישב ד' הר"ש דאמאי לא הביא ראיה מקידושין נ' א' גבי אמר לשלוחו הביא לי מעות מן החלון כו' והאריך בזה יעוש"ה. ומ"ש הר"ש הנ"ל דלא מהימן למשוי נפשי' רשיעא במגו דאי בעי אמר טענה דלא משוי נפשי' רשיעא והביא ראי' מפ' רבעני לרצוני כו' ולכאורה קשה דהא מבואר להדיא בכתובות י"ח ב' דא"כ במגו היכא דמשים עצמו רשע בטענתו דקאמר הגמרא אבל אמרו אנוסים הייתו מחמת ממון א"כ מ"ט א"א משים עצמו רשע ולא מהימני במגו דאי בעי שתקי דהא ברישא איירי באין כת"י יוצא ממ"א ומגו דאי בעי שתקי אמרינן אף בבי תרי א"ו דהיכא דמשים עצמו רשע בטענתו לא מהימן אף במגו. וכן ראיתי ביבין שמועה בכלל תקס"ג שהקשה כן על הר"ש והאריך בזה ליישב ועי' בדרוש וחידוש מהגאון רע"א בכתובות שם ד"ה א"כ שכתב דאין ראי' מהגמרא הנ"ל דא"כ במגו היכא דמשים עצמו רשע בטענתו והאריך בזה. ועי' בתשובות בית אפרים חחו"מ סי' ע"ד מ"ש בד' הגמרא דכתובות הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה:

ועי"ש עוד בדרוש וחידוש שהקשה על ד' הר"ש הנ"ל מה שהביא ראי' מפ' רבעני לרצוני כו' דלמאן קא קשי' לי' אי לדידן דפ"ד והורגין את הרובע וע"ז ק"ל דנאמינו שהוא כן כמו שאו' שרבעו לרצונו כו' ואין הורגין בע"א זה ודאי אינו קושי' דאם באו' ברצון יהי' הדין דלא נהרגנו ממילא שוב לא יהי' מגו כו' ואין הטענות שוות. ואי לרב יוסף דסבר דאין הורגין את הרובע כו' וק"ל דנאמינו דהמעשה אמת במגו דלאונסי ונהרגנו ז"א קושי' דאטו הורגין עפ"י מגו והרי מגו אינו כ"א אומדנא כו' ולא עדיף מאומדנא דשמעון בן שטח עכקוס"י. וכן ראיתי בתשובות בית אפרים אה"ע סי' ז' ובחו"מ סי' ס' שהקשה כן. ולא ידענא מאי קשי' להו דהא דעת התוס' בכתובות שם י"ט ב' ד"ה ואם כו' וב"ב ל"א ב' ד"ה וזו כו' דעדים הנאמנים ע"י מגו מקרי עדים רק הרמב"ן ב"ב שם והנ"י שם והריטב"א בקידושין מ"ג ב' ס"ל דעדים שא"כ רק ע"י מגו לא מקרי עדים אבל התוס' דלא תי' כן ס"ל דאף דא"כ רק ע"י מגו אפ"ה מקרי עדים וכן י"ל דס"ל להר"ש הנ"ל דגם הוא תי' כהתוס' דמגו דבי תרי ל"א ושפיר מביא הר"ש ראי' מרב יוסף דא"כ במגו היכא דמשים עצמו רשע בטענתו. עוד הביא בדרוש וחדוש שם ד' התוס' בפ' אע"פ ס"ג ב' ד"ה אבל כו' דלא ס"ל כהס"ך שהקשו שם דנאמינה באומרת טמאה אני ברצון במגו דמאיס עלי והרי באו' שזינתה ברצון משים עצמו רשע וע"כ דס"ל להתוס' דלא כהס"ך עכ"ד. וכן ראיתי בהפלאה בכתובות שם שהקשה על התוס' דמאי קשי' להו הא אין אומרים מגו במקום דמשים עצמו רשע בטענתו אבל באמת לק"מ ואין ראי' מד' התוס' דלא ס"ל כהס"ך הנ"ל דפמ"ש החכם צבי בתשובה סי' ג' דעד כאן ל"א א"א משים עצמו רשע אלא על מה שכבר עשה וגם שלא לעשות עצמו חשוד ופסול לעדות אבל במכאן ולהבא לשוויי נפשי' חתיכא דאיסורא נאמן אפי' במקום שהוא עושה עצמו רשע. תדע דבאומרת טמאה אני לך אפי' ברצון נאמנת אי לאו משום דחיישינן שמא עיני' נתנה באחר עכ"ד יעוש"ה. וא"כ לק"מ קושי' הפלאה והגאון רע"א הנ"ל דבכה"ג נאמן למשים עצמו רשע. וכן יש

ליישב

ליישב קושי' הנ"ל לפמ"ש. עוד הח"ל שם דע"כ ל"א דא"א משים עצמו רשע אלא במקום שאין אנו יודעים דבר רע ולא שום ריעותא כלל כו' אבל כשיש ריעותא לפנינו כגון פנוי' או ארוסה שנתעברה דאף דקי"ל באומרת לכשר נבעלתי נאמנת כשאין הארוס מכחישה אפ"ה כשאומרת לפסול נבעלה הולד ספק ממזר ול"א בזה אאמע"ר כו' עכ"ד והובא דבריו ביד מלאכי בכללי הדינים באות א' ס"ק נ' ל"א. וא"כ ניחא ד' התוס' הנ"ל דהא התוס' קאי אעובדא דסוף נדרים דנואף מהרזיק בביתא וא"כ איכא ריעותא וכה"ג אמרינן דאדם משים ע"ר ולק"מ קושי' הנ"ל ושפיר י"ל דאף התוס' הנ"ל ס"ל דה"נ במגו היכא דמשים עצמו רשע בטענתו וכהר"ש והש"ך הנ"ל :

ועוד יש ליישב קושי' הנ"ל לפמ"ש התוס' בב"מ ג' ב' ובכריתות הנ"ל דהיכא דעושה תשובה ומתכוין לטובה שלא להביא חולין לעזרה ל"א בכה"ג אאמע"ר וא"כ י"ל דבאומרת טמאה אני לך נמי ל"ש למימר אאמע"ר דאיכא למימר דלטובה קא מתכוונה לעשות תשובה ואינה רוצה לעשות באיסור כל ימי' כיון דאסורה על בעלה ולבועל ומש"ה אין לנו לומר שלא תהא נאמנת ושיבטול בעילת איסור לפי דברי' ושפיר קושי' התוס' ולק"מ קושי' ההפלאה והגאון רע"א הנ"ל. וכן ראיתי בנו"ב מהדו"ת אהע"ז סי' כ"ג שכ"כ בכונת התוס' וכ' דאפי' לא הוי שום איסור עלי' אלא על הבעל ג"כ ל"ש אאמע"ר דאמרינן דכונתה לטובה שלא יחטא הבעל על ידה והביא ראי' מכהן שפיגל דנאמן אם בידו אף שודאי רשע הוא כו' אלא שכונתו להציל שאר כהנים מן האיסור כו' עכ"ד יעוש"ה. אך הנוב"י סותר ד"ע דבסי' קנ"ו כ' דע"כ לא כ' התוס' זו הסברא אלא לגבי עצמו אבל לקלקל אחרים אינו יכול אף שיאמר שכונתו להסיר המכשול כו' והביא ראי' מכתובות י"ח ב' כו' ול"א שעושין תשובה ואינם רוצים שתנשא א"א על ידם א"ו שאין טענה זו מועיל לקלקל לאחרים עכ"ד. וכן ראיתי ביד אברהם בגליון היו"ד הנדפס מחדש בסי' ה' שהק' כן על הנו"ב שסותר ד"ע. אך ראיתי בשיבת ציון בסי' כ"ג שכ' ליישב בזה דבסימן קנ"ו מיירי לענין חליצה שאמר החלוץ שהוא אטר ברגל כו' ואין הדבר נוגע לעצמו כלל רק שבא לקלקל היבמה לאוסרה כו' בזה כ' דא"נ לעשות ע"ר לקלקל לאחרים אבל באשה שזינתה ובכהן שאמר שנתפגל שבא לאסור ע"ע וגם על אחרים בזה שפיר אמרינן שאו' כן דרך תשובה ונאמן עכ"ד. והאריך בזה והביא ראי' לד' הנו"ב דסי' כ"ג הנ"ל מסוף נדרים גבי טמאה אני לך כו' דאמאי לא הוכיח בפשיטות דאי מיירי באו' שזינתה ברצון מי מהימנית הא אאמע"ר. א"ו כשבאה לאסור עצמה על בעלה נאמנת ואנו אומרים שאינה רוצה להכשיל את בעלה כיון שאסורה עליו יעוש"ה ועיי"ש עוד בנו"ב שכ' די"ל דהיכא דלא נפסל לעדות כגון שהכשיל לאחרים ל"א דאאמע"ר ועי' ביד אברהם שם שהשיג עליו ועי' בס' ברית יעקב בסי' פ"ד מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' ל"ד ס"ק י"ז מ"ש בזה יעוש"ה. ושוב ראיתי בשעה"מ בפ"ט מהל' אישות הל' ע"ו שהק' נמי קושי' הנ"ל וכ' מתחלה דהתוס' ס"ל דנאמן במגו אף היכא דמשים עצמו רשע וכן ס"ל להרשב"א והיינו כמ"ש הגאון רע"א הנ"ל ואח"כ דחה זה וכ' דכונת התוס' כמ"ש התוס' ב"מ ובכריתות הנ"ל דהיכא דמתכוין לטובה ל"א אאמע"ר וכ' ליישב בזה קושי' הרב מ"ן א"ח סי' כ"ז על הראב"ד שהביא הר"ן גבי עובר על דת יהודית כו' מסוף נדרים והאריך בזה :

ועי' בדרוש וחדוש ס"ג שם מ"ש ליישב ד' התוס' הנ"ל דשפיר י"ל דס"ל דה"נ במגו היכא דמשים עצמו רשע בטענתו והאריך בזה. עוד הביא שם ראי' מד' התוס' שם י"ע א' ד"ה וכגון כו' דלא ס"ל כהש"ך שהק' דנאמן למלוה דשטר אמנה הוא במגו דאי בעי מחיל לי והרי בטענת אמנה משים עצמו רשע עכ"ד. וכן ראיתי בבית שמואל אחרון חו"מ סי' מ"ב שתי' כן קושי' התוס' הנ"ל דה"נ במגו היכא דמשים עצמו רשע והאריך בזה. וא"כ התוס' דלא תי' כן מוכח דס"ל דנאמן במגו אפי' היכא דמשים עצמו רשע בטענתו והיינו כהגאון רע"א בדעת התוס' הנ"ל. אך לפמ"ש הפ"י שם די"ל דס"ל להתוס' דאביי סובר דנאמן במגו אף היכא דמשים עצמו רשע בטענתו והיינו דלא מוקי כאוקימתא דרב אשי עכ"ד. ולפ"ד י"ל דבהא פליגי אביי ורב אשי אי אמרינן מגו במקום דמשים עצמו רשע בטענתו וא"כ התוס' קאי אליבא דאביי והר"ש והש"ך הנ"ל פ' כרב אשי ומש"ה ס"ל דא"נ במגו היכא דמע"ר בטענתו ואין ראי' מד' התוס' דלא ס"ל כהר"ש והש"ך הנ"ל. וראיתי בנימוקי הגרי"ב בכתובות שם שכ' על ד' התוס' הנ"ל דלאו דוקא דהא אאמע"ר אלא ר"ל דמה הועילו בתקנתם והא מצי למימר מאיס עלי עכ"ד ולפמ"ש הוי ד' התוס' דוקא וקושי' מכח מגו וכמ"ש. אך מד' הרמ"א ביו"ד בסי' קס"ט סעי' כ"ה מוכח דס"ל דנאמן במגו אף היכא דמע"ר בטענתו וכמ"ש בדרוש וחדוש שם וכן ס"ל להרשב"א שהביא השעה"מ הנ"ל דנאמן במגו אף היכא דמשים ע"ר בטענתו דלא כהר"ש והש"ך הנ"ל. אבל בכה"ג אות ק"ה כ' דאף הרשב"א נמי ס"ל דא"נ במגו היכא דמע"ר בטענתו ועי' בש"ך ביו"ד שם בס"ק ע"ט שהק' על הרמ"א מד' הסמ"ג שהביא המחבר דינו בסי' קע"ז סעי' י"ב דאם שטוען שמלוה ברבית הוא א"נ ואף דאית לי' מגו משום דאאמע"ר בטענתו והניח בצ"ע. ועי' בתומים בסי' ק"ה ובפלתי שם ובסי' קע"ז שם ובחוות דעת בסי' קס"ט ס"ק מ"ו מ"ש ליישב קושי' הש"ך והאריכו בזה ועי' בהגהות אשר"י בפ' הגוזל קמא סי' י"ח גבי מעשה דפרגא שם שהביא דעת הריב"ש דלמפטר נפשי' מממון אדם מע"ר והביא דעת החולקת דאאמע"ר כלל. ודעת הרמ"א ביו"ד הנ"ל הוא כדעת הריב"ש וכ"כ התומים בסי' הנ"ל ועי' בדרוש וחדוש בכתובות י"ב ב' ד"ה היא או' כו' מ"ש בזה. וראיתי בנתיבות לקמן בסי' קפ"ג ס"ק ג' שכ' וז"ל דאפי' ליכא עדי שליחות דיש לו מגו כו' וא"י להוציא מחזקה במגו ובמטלטלין כה"ג צ"ע אם יש לו מגו אי נאמן כיון דהוי להחזיק ומגו מהני אפי' במקום דמע"ר והא דא"נ כאן אף בלא מגו דהא לפטור מממון נאמן אפי' במקום דמע"ר מ"מ שליח כיון דהוא רמאי וחזקה שליח עושה שליחותו כו' ומ"מ במקום מגו צ"ע כו'. אח"כ מצאתי בתומים בסי' פ"ג שכ' בהדיא גבי מגביה דנאמן במגו כו' א"כ ה"נ נאמן כשיש לו מגו עכ"ד ולכאורה דבריו תמוהים דהא כ' הר"ש והש"ך הנ"ל דא"נ במגו היכא דמע"ר בטענתו וצ"ל דהנתיבות מחלק בין עדים לבע"ד לבע"ד דבבע"ד אמרינן דנאמן אף היכא דמע"ר בטענתו ומ"ש דנאמן לפטור עצמו אף בלא מגו היינו דס"ל כדעת הריב"ש והרמ"א ביו"ד הנ"ל :

ועוד י"ל בכונת הנתיבות דהתם לא הוי אלא עבירה דרבנן דהוא מכלל הרמאים בכה"ג ס"ל להנתיבות דנאמן במגו אף היכא דמשים ע"ר בטענתו ועי' בס' ליוני חו"מ סי' ח' ט' י' מ"ש בד' הנתיבות הנ"ל והאריך בזה הרבה יעוש"ה. ועי' בסדרי טהרה ביו"ד בסי' קפ"ה ס"ק ב' שהק' על הסמ"ג דסי' קע"ז סעי' י"ב לפ"ד התוס' דב"מ הנ"ל דהיכא דמתכוין לטובה לעשות תשובה ל"א אאמע"ר ואמאי ס"ל להסמ"ג הנ"ל דה"נ הא אי לא מהימנינן לי' עושה האיסור שנותן רבית עכקום"י. ועי' בברית אברהם אהע"ז סי' ע"ד אות ג' שכ' ליישב קושי' זו עפ"ד פרח מטה אהרן ח"א סי' קע"ו דמיירי שכבר פרע ורוצה לנכות לו מן הקרן כו' ומיישב עפ"ז קושי' הש"ך בסי' קס"ט הנ"ל דהתם שפיר י"ל דמתכוין לטובה ול"א בכה"ג אאמע"ר וכ"ד התוס' הנ"ל יעוש"ה. וכ"כ בס' ליוני שם בסי' ח' ליישב קושי' הש"ך דסי' קס"ט עפ"ד התוס' הנ"ל ולא ראה ד' הברית אברהם אלו שכבר הקדימו בזה ועי"ש בסדרי טהרה מ"ש ליישב הקושי' של חוט השני על הראב"ד הנ"ל מסוף נדרים גבי טמאה אני לך עפ"ד התוס' דב"מ הנ"ל והביא ד' הרלב"ח סי' קי"ז שהביא ראי' מד' התוס' שבנדון אם לא נאמין דבריו נעשה איסור הרי הוא נאמן ע"ע לעשות רשע יעוש"ה והיינו כהשעה"מ הנ"ל. וכן הביא בברית אברהם שם אות ב' בשם תשובת גאוני בתראי

סי'

סי' כ"ו ובתשובת מוהר"י הלוי סי' ל"ט שהק' על הראב"ד מסוף נדרים ותי' עפ"ד התוס' הנ"ל ועי' באורעא דרבנן מערכת אות א' ס"ק י"ז שכ' ליישב עפ"ד התוס' הנ"ל הא דאמרינן בכתובות מ"א א' בהכנסתי ופתיתי את בתך דמשלם בושת ופגם עפ"י עצמו . וכן הא' גנבתי דמשלם הקרן עפ"י עצמו וכן הא דכ' הטור בשם הרא"ש בסי' מ"ו גבי עדים שאמרו פסולי עבירה היינו דנאמנים לגבי דידהו וחייבין לשלם כו' וכן ההיא דאמר לשנים גזלתי לא' מכם מנה כו' אף שמע"ר וצ"ל כמ"ש התוס' דכל שהוא מכוין לטובה לעשות תשובה ל"א אמע"ר והשיג על החוות יאיר בסי' רל"א מד' התוס' הנ"ל :

והנה לפ"ד הר"ן והריטב"א בכתובות ע"ב א' שהשיגו על הראב"ד הנ"ל וכ' דנאמן אדם לומר שגנב וגזל וחבל לחייב בתשלומין דלהפסיד לעצמו אמע"ר. בלא"ה ניחא הא דאנסתי ופתיתי את בתך כו' וכל הנ"ל. אך לפ"ד הראב"ד הנ"ל צריך ליישב שלא תקשי עליו מהא דאנסתי ופתיתי את בתך כו' וכל הנ"ל כמ"ש האורעא דרבנן עפ"ד התוס' דב"מ הנ"ל וכן מיושב נמי קושי' הפרמ"ג ביו"ד בסי' ה' ס"ק ה' דאמאי פיגולן פיגול וכן כה"ג ביוה"כ כו' והא אמע"ר כו' ולפ"ד התוס' ניחא וכמ"ש הגו"ב בסי' כ"ג הנ"ל וכ"כ ביד אברהם הנ"ל ליישב כן . ועיי"ש עוד בברית אברהם באות ג' ד' שהק' על התוס' הנ"ל דאמאי אמרינן בכתובות י"ח ב' דא"נ לומר אנוסים היינו מחמת ממון אף במגו משום דאמע"ר הא י"ל דכוונתם לטובה שרוצים בזה שהלוה לא יצטרך לפרוע שלא כדין . ותי' בזה עפ"ד דאמרינן ביומא פ"ו דבחטא שאינו מפורסם אשרי נשוי פשע כו' וע"ז אמרו חליף הוא מאן דמפרסם חטאיו כו' וע"ז אמרינן דאינו מועיל המגו במקום דמע"ר כו' דל"ל דהודה דרך תשובה דא"כ הו"ל לטעון ג"כ כפי טענות המגו שלא יופסד הלוה ולא יפרסם חטאיו ול"ל להודאת האמת דהא רשע וחליף מאן דמפרסם חטאיו עכ"ד ומיישב בזה קושי' התומים בסי' ק"ה שהק' על הדין דסי' קע"ז סעי' י"ג הנ"ל מהא דסעי' י"א שם כו' והאריך בזה בד' התוס' ובד' הראב"ד הנ"ל . ואח"כ מסיק דלא מהני הודאה דרך תשובה נגד חזקה דאמע"ר משום דאמרינן דמערים והשיג על מהרלב"ח שהביא הס"ע הנ"ל וכ' דאין ראי' מד' התוס' דב"מ הנ"ל יעוש"ה . וכן ראיתי בנחלת יעקב ח"ב בתשובת הגאון ר' אברהם תאומים סי' ג' שהק' קושי' זו מהא דכתובות ותי' דהתם מתורת עדות אתינן עלה שמגיהם מעידין כ"א על אתימתו שהי' אנוס וא"כ שפיר אמרינן בזה דאמע"ר דל"מ הך סברא דלטובה מתכוין להכשיר עדותן והאריך בזה . ועי' עוד בברית אברהם חיו"ד סי' י"ג אות ה' מ"ש והאריך בזה ובאמת בלא"ה לק"מ קושי' הברית אברהם והנחלת יעקב הנ"ל על התוס' לפ"ד הנו"ב דסי' קנ"ו הנ"ל דלקלקל לאחרים ל"א הך סברא דנתכוין לטובה לעשות תשובה . אך לפמ"ש בשיבת ציון הנ"ל דהיכא דהדבר נוגע אף על עצמו בזה ס"ל להנו"ב דאמרינן הך סברא דנתכוין לטובה א"כ גבי אנוסים נוגע להעדים עצמם דצריכין לשלם ועכצ"ל כמו שתי' הברית אברהם הנ"ל ועי' בשערי בינה שער י"ט אות ג' מ"ש ליישב קושי' הנ"ל מהא דכתובות והאריך בזה ועי"ש עוד בשערי בינה שער כ' דין ד' אות ב' שכ' דהריטב"א והר"ן ל"ל סברת התוס' הנ"ל והשיג על תשובת גאוני בתראי הנ"ל והאריך הרבה בזה יעוש"ה . ועיי"ש עוד בברית אברהם מ"ש על ד' התוס' הנ"ל ועי' בחכם צבי סי' קנ"ו מ"ש בזה ועי' בשערי בינה שם מ"ש עליו ועי' בשמן רקח ח"א מסי' ס"א עד סי' ס"ו ובס' עלי לבונה ביו"ד סי' קפ"ה ובתשובות מהריא"ז ענזיל סי' ע"ט מ"ש והאריכו בזה ועי' במהרש"א בריש מכות שהק' על התוס' שם ד"ה מעידין כו' דהא יכול לומר מזיד הייתי והק' עליהם דהא אמע"ר ובזה לא שייך תי' התוס' דמתכוין לבל יביאו חולין בעזרה עכקופ"י וכן הק' באורעא דרבנן שם :

ובתומים בסי' ק"ד כ' דלק"מ דתינח לרבא לרב יוסף מאי איכא למימר כו' וקשי' לי' הך משנה דהא נאמן לומר מזיד הייתי ולדידי' הא מלי שווי' נפשי' רשע ונאמן בכך עכ"ד . ולדבריו תמוהים דהמהרש"א שפיר הק' לפי שיטתו שכ' ביבמות כ"ה ב' ד"ה לימא כו' דאף רב יוסף ס"ל דאמע"ר רק דבזה פליג ארבא דלא ס"ל פלגינן דיבורי' ופי' כן ד' התוס' דשם יעוש"ה ושפיר קושי' מהרש"א בין לרבא ובין לרב יוסף דאף ר"י ס"ל דאמע"ר וכן השיג בשערי בינה שם על התומים וכ' דלא ראה ד' התוס' ומהרש"א הנ"ל ביבמות וגם התומים בעצמו בריש סי' ל"ה כ' דאף ר"י ס"ל דאמע"ר רק דס"ל דל"א פ"ד והשיג על הרדב"ז שכ' דאף ר"י ס"ל דאמרינן פ"ד רק דס"ל דאדם מע"ר והתומים סותר ד"ע דלפ"ד דסי' ל"ה שפיר ד' המהרש"א הנ"ל ועי' בברית אברהם חאה"ע סי' י"ג אות ב' שכ' נמי להשיג על התומים וכ' דהמהרש"א הנ"ל ס"ל דאף ר"י נמי ס"ל דאמע"ר רק דלא ס"ל פ"ד . וכ' הוכחה לזה דאי נימא דר"י ס"ל דאדם מע"ר כו' א"כ יקשה גבי הרגתיו דגם אי רשע דאורייתא פסול להעיד בעדות אשה משום דשמא משקר ועכ"פ בכה"ג כיון דתלוי באמיתות הענין אף דאין עליו שם עד א"כ ממ"נ מותרת דנאמן על הענין דמת דאם אתה או' שהוא רשע ע"כ הענין אמת ואי הוי רשע ליכא עדות דבשלמא ברבעני דבעינן עדות ואי הוי רשע ליכא עדות וע"כ דר"י לא ס"ל פ"ד וא"ש דאמרי' דבאמת משקר דאמע"ר וכיון דמשקר לא מהימנן על גוף הענין דמת דלא פ"ד וא"כ יקשה גם לר"י התם דנימא דאמע"ר עכ"ד יעוש"ה . ובקושי' מהרש"א הנ"ל י"ל כמו שתי' באורעא דרבנן שם או כתי' השערי בינה שם או כתי' השאגת ארי' במכות שם ועי' במנחת אהרן בסנהדרין ט' ב' ד"ה אמר כו' שכ' על ד' מהרש"א דקושי' התוס' הוא לר"י והאריך בזה והיינו כד' התומים הנ"ל. וכבר כתבתי דליתא ועי' בנר תמיד בכריתות י"ב א' ד"ה א"ד ובשאגת ארי' שם מ"ש על ד' התומים הנ"ל והאריכו בזה :

ועי' עוד בתומים בסי' הנ"ל מ"ש על ד' פני משה בענין עבירה דרבנן אי אמרינן אמע"ר ועי' בברית אברהם שם ובס' ברית יעקב חחו"מ סי' פ"ד מ"ש והאריכו בזה ועי' לעיל בסי' ל"ד ס"ק י"ז מ"ש על האורעא דרבנן בזה יעוש"ה ואכע"מ להאריך בזה . ולענין דינא העיקר דא"נ אף במגו היכא דמע"ר בטענתו וכן מוכח ממתניתין ביבמות כ"ה א' ר' יהודה או' הרגתיו לא תנשא אשתו אע"ג דיש לו מגו דהי' או' מת על מטתו אפ"ה לא מהימן הואיל ומע"ר בטענתו וכן ראיתי בגליון מהרש"א ביו"ד שם שהביא ראי' זו וכן פ' בפרמ"ג ביו"ד בסי' ה' במשבצות זהב ס"ק ז' אבל לפטור עצמו מממון בזה כ' דנאמן במגו אף היכא דמע"ר בטענתו וכן פ' בשעהמ"ש בסי' ע"ג ס"ק י"ג לענין אם מכרן שלא ברשות ב"ד דנאמן המלוה לומר אני מכרתים בעת הזול והשיג על הריב"ש סי' של"ו והאריך בזה . ובעבירה דרבנן בזה כ' דנאמן במגו אף דמע"ר בטענתו וכמ"ש בדעת הנתיבות הנ"ל וכן ראיתי בשעה"מ בפכ"ב מהל' מכירה הל' ט' שכ' כן בתי' הא' ובזה י"ל דנאמן לפטור עצמו אף בלא מגו כיון דלא הוי רק עבירה דרבנן וכדמשמע נמי מד' הנתיבות הנ"ל ועיי"ש עוד בשעה"מ בתי' הב' שכ' דהיכא דבידו נאמן אף במקום דמשים עצמו רשע וכ"כ השעה"מ בפי"ח מהל' איסורי ביאה הל' כ"ד ועי' בברית אברהם חאה"ע סי' י"ג אות י"א מ"ש בזה :

סימן י

הנה הג"ת כ' והובא דבריו בכנה"ג בס"ק ק"א דכי היכא דל"א מגו לפטור מן השבועה אפשר דג"כ ל"א מגו לחייב שבועה . והנה הג"ת הוכיח שם כן מד' הרי"ף בתשובה שכ' אשה שתבעה מבעלה כתובתה אחר גירושין והוא טוען שפרע לה קודם גירושין והאשה נאמנת בכתובה שלא נפרעת מבעלה ופ' הרי"ף דאפי' שבועה א"ל כי אא"פ בתוך זמנו . והק' הג"ת הא

הא יש לבעל מגו דאחר גירושין פרעתיך והיתה חייבת שבועה אף בטוען קודם גירושין תהי' מחוייבת לשבועה ולזה תי' דמגו לחייב שבועה ל"א ובתומים בסי' ק"ח השיג על הג"ת דאין כאן קושי' כי הפרעון ודאי כי היא גובה בשטר והשבועה ספק דהוא איבעי דלא אפשטא כו' אי אמרינן מגו במקום חזקה ולפי"ז איך נשביע לה מספק אולי הוי חזקה אלימתא דל"א בי' מגו וחייב לשלם ומכ"ש דאין עלי' שבועה ומספיקא אין משביעין אותה דהא התשלומין ודאי והשבועה ספק ומספיקא אין להשביעה עכ"ד. ועי' בקצה"ח בס"ק ט"ו ובדברי משפט בס"ק א' ובבית יהודא ס"ק ט' שהשיג על התומים מד' הגמ' בכתובות פ"ז ב' ומבואר לקמן בסי' פ"ד סעי' א' גבי פוגם שטרו בעדים או בפחות משוה פרוטה דצריך לשבע כו' אלמא דאינו נוטל מש' אלא בשבועה יעוש"ה וא"כ שפיר מוכח דינו של הג"ת דאין או' מגו לחייבו שבועה וכ"כ הב"ש באה"ע סי' ל"ו ס"ק ח' דאין או' מגו לחייב שבועה והוכיח כן מד' הרי"ף הנ"ל בתשובה והיינו כהג"ת הנ"ל. ועי' באורים בסי' ע"א ס"ק נ"ב שכ' דאמרינן מגו לחייב שבועה ועיי"ש עוד בבית יהודא מה שהשיג על הג"ת שכ' דדין זה דמגו לחייב שבועה תליא בדין מגו לאפטורי משבועה כו' ומ"ש על הפלאה בכתובות פ"ז ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ז' מ"ש והאריך בזה ועי' בשעהמ"ש בסי' פ"ד ס"ק ג' שהביא מד' המחבר בסי' זה סעי' י' ומד' המחבר בסעי' י"א דל"א מגו לחייב שבועה והאריך בזה ועי' בפתחי תשובה באה"ע סי' ל"ו ס"ק ד' שהביא ראי' זו מהא דסעי' י' ולא ראה ד' השעהמ"ש הנ"ל שכבר הקדימו בזה ועי' בשעהמ"ש בסי' זה ס"ק ו' מ"ש בזה ולכאורה קשה מזה על האורים דסי' ע"א הנ"ל דס"ל דאמרינן מגו לחייב שבועה ומדין זה דאמנה או רבית מוכח דל"א מגו לחייב שבועה. אך באמת אין זה מוכרח לפמ"ש האורים בס"ק ל"ב דמש"ה לא מהימן במגו דפרעתי דחזקה דלא הי' רבית או אמנה עכ"ד וכונתו משום דהוי מגו במקום חזקה אבל מגו לחייב שבועה שפיר י"ל דאמרינן וכמ"ש האורים הנ"ל:

אך לכאורה ד' האורים תמוהים דהא מבואר לעיל בסעי' א' דנאמן לטעון אמנה או כתבתי ללות במגו דמזויף וצ"ל דהאורים מחלק בין מגו במקום חזקה ובין מגו בעיקר החזקה ועי' לעיל בסי' ע"א בסמ"ע ס"ק ה' ובש"ך שם ס"ק ד' שכ' כן לחלק בענין נאמנות בין מגו במקום נאמנות ובין מגו בעיקר הנאמנות ועי' לעיל בסי' ע"ח ס"ק ו' מ"ש בזה יעוש"ה. שוב ראיתי בשערי בינה שער י"ג אות ד' שהביא ראי' הנ"ל מהא דאמנה או רבית דאין או' מגו לחייב שבועה וא"כ דחה זה עפ"ד האורים הנ"ל והאריך בזה וא"כ כ' להוכיח כהב"ש מהא דסעי' י"א הנ"ל דא"י להשביע בטענת מחילה אפי' במגו דפרוע והא במלוה ע"פ נאמן בטענת מחילה במגו דפרוע הרי דטענת מחילה אינו נגד החזקה א"ו מוכח כהב"ש ולא כהאורים בסי' ע"א ע"כ. ועי' בהפלאה בקו"א בסי' ל"ו ס"ק ו' שכ' דדוקא בטוען אמנה או רבית א"י להשביע אבל בטוען יש לי בידך כנגדו יש לו להשביע אף דא"כ אלא במגו דפרעתי וכ' דכונת הב"ש הנ"ל הוא דהכא שאני כיון דאיכא נמי חזקה דאא"פ בתו"ז כו' אבל להשביע כו' ל"א מגו נגד חזקה זו אבל בשאר טענות כגון יש לי בידך כנגדו יכול להשביע עכ"ד והיינו דס"ל כהאורים דסי' ע"א הנ"ל דאמרינן מגו לחייב שבועה. אבל מהא דמהלת לי דסעי' י"א הנ"ל מוכח דל"א מגו לחייב שבועה וכמ"ש השערי בינה הנ"ל ועי' עוד בדברי משפט שם שהביא ראי' דל"א מגו לחייב שבועה מב"מ ל"ה א' ומגיטין כ"א א' והאריך בזה ועי' בנחל יצחק שם שהשיג עליו והאריך בזה ועי' בבית יהודא בסי' פ"ד סעיף ב' שהביא ראי' מכתובות פ"ז ב' גבי פוגמת פחות משוה פרוטה דל"א מגו לחייב שבועה והשיג על הפרישה שם שכ' דאם לאחר זמנו טוען שכבר פרע תו"ז צריך שבועה דהא אית לי' מגו דאי בעי אמר פרעתיך אחר זמנו ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א סעי' י"א שכ' דל"א מגו לחייב שבועה וכהב"ש וכן כ' עיקר לדינא דל"א מגו לחייב שבועה וכהג"ת והב"ש והשעהמ"ש והדברי משפט והשערי בינה והגאון רע"א הנ"ל ועי"ש עוד בנחל יצחק ובס"ק ג' בכללי מגו ובסי' פ"ד ס"ק א' ובס' מעין גנים בסי' ע"א סעי' ד' מ"ש בזה:

סימן פג

סעיף ב' (א) **בהג"ה** וכן אם שלח כו' אקבלם לעצמי. בנתיבות בס"ק א' כ' דזה דוקא בשליח שעשה הלוה אבל שליח שעשה המלוה בעדים או שאמר ללוה תן לזה השליח שעשיתי לקבל המעות מידך ואחר שקבלם או' לעצמי קבלתי' מחויב להחזיר להמלוה שקבלם בשבילו כו' א"י לתפוס עכ"ד ועי' בדברי משפט בס"ק א' שהשיג על הנתיבות ופי' דאין שליח חייב להחזיר המעות דאין הלוה נפטר כלל מן המלוה הראשון ולא הוי כפוטר חובותיו של חבירו עכ"ד ועי' עוד בנתיבות מ"ש ליישב קושי' התומים מלקמן סי' רס"א דשאני הכא דיכול לומר להכי שתקת כדי שתתן לי המעות עכ"ד. ודבריו תמוהים דהא גם במציאה י"ל כן שירא שמא ירד מן האמור ויחטוף את המציאה וכן משמע במרדכי בפ"ק דמציעא בסי' רל"ב שכ' שהמציאה יכול לירד מן האמור ולזכות כמותו יעוש"ה וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק לבי ז"ל אב"ד דסטמייטין. ובתומים בס"ק א' תי' דבעובדא דהרשב"א מיירי דנתנו בלא עדים ונאמן לומר דדעתי הי' לזכות בה תחלה במגו דלהד"ם כו' עכ"ד ובאמת מד' הרשב"א שם שהביא ראי' מהא דאין שקלי ודידי שקלי ומהא דאוקימנא דאמר תחלה משמע דאפי' בדליכא מגו והרשב"א הביא ראי' משם ועי' בקצה"ח בס"ק ב' ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סי' י' מ"ש בד' התומים:

סעיף ג' (ב) **אפי'** הי' קבלן. בש"ך בס"ק ה' הק' דהא לקמן בס' קכ"ט סעי' ט"ו פ' דקבלן חייב וי"ל דש"ה כיון שהמלוה מודה שקבל מעות ודוחק עכ"ל ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכ' על ד' הש"ך אלו דעדיין קשה דלהימן המלוה לגבי ערב במגו דלהד"ס וכיון דהוא טוען ברי והערב שמא אמרינן מגו להוציא כו' ובאמת כ' דזהו כונת הש"ך שם ודוחק משום הך קושי' דהמלוה נאמן לגבי ערב במגו דלהד"ס ועי' לקמן בסי' ל"א בש"ך בס"ק י"ב מ"ש בשם בעה"ת שער כ"ט ח"ב ובעיקר קושי' הש"ך עי' בבית יהודא ובס' משנת דר"א ובס' ברית יעקב חחו"מ סי' קי"ב מ"ש ליישב קושי' זו יעוש"ה:

(ג) **נאמן** לומר שקבל בשביל החוב שאין בו ערב. בקצה"ח בס"ק ג' הק' מ"ש מהא דאמרינן בסוף ב"ב האומר לחבירו שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע כו' ולמה יהי' הכא המלוה נאמן עכקוש"י ועי' בדברי משפט בס"ק ב' ובבית יהודא מ"ש ליישב קושי' זו יעוש"ה ולפי תי' הב' של הבית יהודא ודאי אין חילוק בדין האו' שטר לך בידי פרוע בין אם מת המלוה ובין אם המלוה חי וטוען ברי בכל ענין הגדול פרוע ולא הקטן דלא כמו שחילק הבית יהודא בתי' הא' דלתי' הב' אין מוכרח לחלק. ועי' בנתיבות בחידושים בס"ק ו' הביא ד' הרדב"ז בשם הריטב"א דאם הוא חייב לו בעצמו וחייב בערבות מחמת אחר ופרע לו א"י לומר בעד החוב שנתערב קבלתי דלא שביק חוב דידי' ופרע מה שנתערב בעד אחר וכ' הנתיבות עליו דהוא תמוה דהא ביד המלוה לקבל על מה שירצה עכ"ד. ואין זה תימא די"ל דהריטב"א מיירי שיש עדים שאמר לו הלוה על איזה חוב פרע ומעידים שהמלוה נתרצה לדבריו ואין העדים יודעים על איזה חוב פרעו אמרינן ודאי אמר הלוה על חוב עצמו וכיון דהמלוה נתרצה לדבריו אז חוב עצמו פרעו ושפיר ד' הריטב"א הנ"ל ואין כאן תימא:

סעיף ד' (ד) **נשבע** הלוה היסת ונפטר. עי' בש"ך בס"ק ט' מ"ש על ד' הרמב"ם בפי' המשנה סוף שביעית דמיירי כגון שכ' ללות ולא לוה כו' עד נאמן במגו ועי' בנתיבות

בנתיבות בס"ק ב' שהק' על הש"ך דהא הרמב"ם מכשיר בכתב ללוה ולא לוה וכמבואר לעיל בסי' מ"ג עכקוש"י. ולא ידענא מאי קשי' לי' והיכן נזכר בסי' מ"ג דהרמב"ם מכשיר בכתב ללוה ולא לוה אדרבא הא מבואר לעיל בסי' ל"ט סעי' י"ג דהרמב"ם לא מכשיר רק בשטרי הקנאה והש"ך מיירי כאן בשטרי דלאו הקנאה וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל ועי' בבית יהודא מה שהשיג על תי' הנתיבות ומ"ש על הקצה"ח בס"ק ה' והאריך בזה יעוש"ה:

סימן פד

סעיף א' (א) **אפי'** הי' עדים בשעת הפרעון כו' אפי' פחות משוה פרוטה כו'. והוא איבעיא דלא איפשטא בכתובות פ"ז ב' וכ' הרא"ש והר"ן דלא יפרע אלא לאחר שישבע ובתומים בס"ק ב' הק' על סתימת ד' המחבר דלפמ"ש בסי' פ"ב כו' דכל הנשבעין ונוטלין אם תפסו ואינם רוצים לשבע לא מהדרינן לנכסי' אבל מ"מ מנדין אותם א"כ בכה"ג דפרע בעדים כו' אי תפס המלוה אין לנדותו על שבועת פוגמת דיכול לומר קים לי כהך דאין כאן חיוב שבועה כו'. וצ"ל דס"ל להש"ע דל"א קים לי בשבועה ועי' לעיל כו' דהעליתי דעת רוב מחברים דאמרינן ולכן צ"ע קצת עכ"ד. ועי' לקמן בסי' פ"ז בש"ך בס"ק י' שכ' דהיכא דאיכא ב' דעות אי חייב שבועה לא עבדינן עובדא לחייב שבועה וכן היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אי חייב שבועה פטור דמצי למימר קים לי כמאן דפוטר ועי' בש"ש שמעתא ד' פ' כ"ו ובשערי בינה שער ט"ז ס"ק ה' דין ב' אות י"ט ובשערי תורה ח"א כלל ב' פרט ה' מ"ש בזה יעוש"ה. וצ"ל בקושי' התומים הנ"ל כמו שתי' הבית יהודא דהתומים בכללי קים לי כ' בשם הכנה"ג דאין הב"ד טוענים קים לי רק שהנתבע שתפס יכול לומר קים לי כהך א"כ כשתפס הנתבע והו' קים לי כהך דאין כאן חיוב שבועה דלא הוי פוגם הא כשהלוה או' קים לי שאתה חייב לשבע הא הרי או' אשתבע לי דלא פרעתיך נמצא דבלא"ה צריך לשבע אף דאין השטר פגום כשהלוה או' אשתבע לי ולא מהני תפיסת המלוה דמנדין אותו כשאינו רוצה לשבע עכ"ד. ומיישב בזה קושי' הג"ת על הרי"ף שהבאתי לעיל בכללי מגו סי' י' יעוש"ה. וראיתי בס' משנת דר"א שהק' נמי קושי' התומים הנ"ל וכ' דמזה יהי' סייעתא להסמ"ע בסי' פ"ב ובסי' פ"ז ובט"ז שם דאין מנדין בעל השטר אם תפס ואינו רוצה לשבע עכ"ד. ולפ"ד הבית יהודא הנ"ל אין ראי' מזה להסמ"ע והט"ז אלא שפיר י"ל כהש"ך דמנדין אותו וכנ"ל ועי"ש עוד במשנת דר"א מ"ש עפ"ד ליישב ד' הרי"ף שלא הביא האבעיא דפוגמת פחות מש"פ ועי' בנו"ב מהדו"ת חחו"מ סי' כ' מ"ש ליישב ד' הרי"ף והאריך בזה ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכ' על ד' המחבר הנ"ל וז"ל בזה וכן דקדק לצרף חשבונו היא בעי' דלא איפשטא וכ"מ בהפס עכ"ל ולפ"ד הבית יהודא הנ"ל אין כאן נ"מ לענין אם תפס וכנ"ל:

סעיף ב' (ב) **אבל** אם הוא תו"ז כו' יפרע שלא בשבועה. והטור בסעי' ג' הביא דעת רב האי מחולק על זה וס"ל דצריך שבועה וכן המ"מ בפי"ד מהל' מלוה כ' דיש לפקפק בהאי דינא דאיתרע החזקה דא"א"פ בתו"ז לגבי האי דהרי מודה בעצמו דנפרע המקצת בתו"ז והובא בסמ"ע בס"ק ז' והק' הט"ז לשיטת רב האי והמ"מ מאי פריך הגמ' בשבועות מ"א א' וכי מה בין זה לפוגם שטרו נימא דיש חילוק זה ביניהם דפוגם שטרו ישבע אפי' בתו"ז עכקוש"י. וכן הק' הלח"מ שם. ובאמת לק"מ דהא התם קאי הגמ' לרב פפא דאמר כך ור"פ ס"ל בב"ב ה' ב' דא"פ בתו"ז וא"כ ליכא נ"מ דאף בלא פוגם נמי צריך לשבע אף בתו"ז וכן תי' במחנה לוי בשבועות שם ומיישב בזה קושי' התוס' שם דאמאי לא הק' אמתניתין וכן תי' במשכנות יעקב חחו"מ סי' ל"ה יעוש"ה. אך ראיתי בתומים בס"ק ג' דמתחלה רצה נמי ליישב כן ואח"כ דחה זה דהא כ' התוס' שם דהיכא דאיכא למימר שלא יבוא לידי פרעון כלל אף לאביי ורבא א"פ בתו"ז ומשנה דפוגמת בכתובה נשנית ואולי תמוה ולא יהי' בכלל גבי' עכ"ד. ובאמת אין זה דחי' דאדרבא י"ל דאמאי נקט הגמ' וכי מה בין זה לפוגם שטרו דהוא ברייתא בפ' הכותב פ"ז ב' ואמאי לא פריך ממתניתין דפוגמת כתובתה שם פ"ז א' ולפי הנ"ל ניחא דממתניתין ליכא למיפרך דשפיר י"ל דנפ"מ לענין תו"ז דאף לר"פ דס"ל דא"פ בתו"ז מ"מ לענין כתובה מודה וכמ"ש התוס' הנ"ל ולזה נקט הגמ' הפירכא מברייתא דפוגם שטרו דבשטר בעלמא ס"ל לר"פ דא"פ בתו"ז. ואף דרש"י פי' פוגם שטרו פוגמת כתובתה וס"ל דקושי' הגמ' ממתניתין אבל רב האי והמ"מ הנ"ל ס"ל דפירכת הגמ' הוא מהברייתא מדנקט פוגם שטרו ולא פוגמת כתובה ושפיר י"ל כנ"ל ומיושב שפיר קושי' הט"ז והלח"מ הנ"ל. וכן ראיתי בחידושי רע"א בכתובות שם בסוגיא דפוגמת שכ"כ ליישב ד' המ"מ הנ"ל במאי דנקט הגמ' פוגם שטרו ולא פוגמת כתובה והאריך בזה ועי' בתשובות רע"א בסי' קנ"ג ובדרוש וחדוש בכתובות שם ד"ה מנכסי יתומים מ"ש עוד בד' הגמ' הנ"ל דאמאי נקט פוגם שטרו ולא נקט פוגמת כתובה והאריך בזה ועי' בשערי בינה שער ט"ז אות ז' ובשער כ' דין י"א אות ב' ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ס"א ובס' נחל יצחק בס"ק ב' ובישועות יעקב באה"ע סי' ל"ו ס"ק ח' מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' עוד בתומים שם שכ' להסתפק במלוה ע"פ בעדים ופרע מקצתו בתו"ז אם נאמן ג"כ על הנשאר דפרע בתו"ז להרמב"ם כו' והאריך בזה ונשאר בספק וכן באורים בס"ק ז' נשאר בצ"ע. ועי' במשל"מ בפי"ד מהל' מלוה הל' א' מ"ש בזה ועי' עוד במשל"מ בפט"ו מהל' מלוה הל' א' מ"ש לענין אם א"ל אל תפרעני אלא בעדים אם המלוה מודה שנפרע מקצת שלא בעדים נאמן הלוה על הכל משום דאתרע החזקה ועי' בשעה"מ בס"ק ד' מ"ש והאריך בזה ועי' בבית יהודא מה שהשיג עליו ועי' בחידושי רע"א בכתובות שם ובשערי בינה בדין י"א שם אות ג' מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף ה' (ג) **עד** אחד מעיד כו'. בש"ך בס"ק ז' הביא ד' הכ"מ בפכ"ד מהל' אישות שכ' דהיינו דוקא שהבעל או הלוה טוען ברי והש"ך השיג עליו דכיון דקי"ל דטענו בספק עפ"י העד צריך לשבע כו' א"כ ה"ה הכא וכן משמע להדיא בתשובת הרשב"א שהביא הב"י לעיל סי' ע"ב דלהרי"ף ה"ה בע"א מעיד שהוא פרוע אף בשמא צריך לשבע עכ"ד. ובאמת אין מד' הרשב"א ראי' כל כך וכמ"ש התומים בס"ק ז' דהא עיקר טעמי' של הב"י הוא משום דיש כאן שטר המסייע לו וא"כ מה יועיל ע"א נגד שנים רק שחז"ל תקנו להפיס דעתו של בעה"ב וכי בעינן הפסת דעת בטוען ברי אבל לא בהוא עצמו א"י אם פרע א"צ להפסת דעת זהו טעמי' של הב"י וא"כ אין ראי' מתשובת הרשב"א דהתם לא הי' שטר רק שומר שלא ידע שווי החפץ שנאבד הימנו והמפקיד או' שהי' שוה דינר והשואל א"י דהי' שורת הדין דהוי משאיל"מ רק דע"א מעיד שלא הי' שוה רק שקל בזו פ' דישבע ושם ליכא שטר דמסייע להמפקיד ופשיטא דטענת עד משוי לי' ברי וצריך לשבע להכחישו אבל כאן דשטרו בידו דמסייע שלא פרע וס"ל כשנים מעידים ואין דבריו של אחד במקום שנים עכ"ד. אך י"ל דשפיר ד' הש"ך הנ"ל במה שהביא ראי' מהרשב"א דל"ל כמ"ש התומים דשאני שטר דהא הכ"מ כ"כ גבי ע"א מעיד אשתך זינתה שאין להשביעה כי אם כשהבעל טוען ברי כמו בע"א מעיד שהוא פרוע דאין משביעין אותו כי אם כשהבעל טוען ברי יעוש"ה. ולפ"ד התומים הנ"ל אין זה דומה לע"א מעיד שהוא פרוע דהתם כיון דהשטר בידה אנן סהדי דלא פרע דלא הי' פורעה עד שתחזיר לו שטרו אבל בע"א מעיד שזינתה ופטור מליתן לה כתובה לא שייך לומר כן אלא ע"כ מוכח מד' הכ"מ דלא כהתומים הנ"ל אלא אמרינן דבכל מקום שהוא מחויב לשלם להתובע רק שהנתבע יש לו ע"א א"צ התובע לשבע נגד העד רק כשהנתבע טוען ברי

ולכך

ולכך כ' הכ"מ דאף בע"א מעיד שזינתה אין להשביעה כי אם כשהבעל טוען ברי וא"כ שפיר הביא הש"ך ראי' מהרשב"א דאף כשהנתבע טוען שמא צריך התובע לשבע להכחיש את העד אף דבלי העד הי' צריך לשלם דהוי משאיל"מ. וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג כן על התומים והאריך בזה ועי' בח"מ באה"ע בסי' קט"ו ס"ק ל' שהשיג נמי על הכ"מ הנ"ל וס"ל דאף בטענת שמא נמי משביעין אותו בשבועת ע"א מעיד שהוא פרוע והיינו כהש"ך הנ"ל ועי' בתומים שהביא ראי' להש"ך מד' הרמב"ן בפ' חזה"ב ל"ד א' גבי נסכא דר"א והתוס' שם ובשעה"ת שער י"ט והר"ן והריטב"א בכתובות פ"ה א' גבי עובדא דאבימי כו' ומד' הרמב"ן בשעה"מ שם כו':

ועוד הביא ראי' מד' רש"י בכתובות פ"ז ב' ד"ה סבר רמי בר חמי למימר ש"ד כו' דס"ל כהש"ך הנ"ל והאריך בזה. ועי' בבית יהודא שהביא ראי' להש"ך הנ"ל מד' התוס' והרא"ש שם שכ' גבי אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד דמאי נ"מ בין ש"ד לשבועה דרבנן ואמאי לא כ' דנפ"מ כשהבעל טוען שמא דאז א"י להשביעה בטענת ספק אבל ש"ד יכול להשביעה בטענת ספק וכן מד' הרי"ף שם שכ' דאין שום נפ"מ כי אם בקדמה ותפסה כו' ואמאי לא אמר נפ"מ לענין בטוען הבעל שמא כו' ואף דהרי"ף והתוס' והרא"ש ס"ל דטענו בס' עפ"י העד חייב ש"ד א"ו מוכח דס"ל כהש"ך כו' אף כשהנתבע טוען שמא עכ"ד. וכן ראיתי בשערי בינה שער כ' דין י"ב אות א' שהביא ראי' מד' הרי"ף והתוס' והרא"ש אלו להש"ך ועוד הביא שם ראי' מד' התוס' שם פ"ה א' ד"ה מרענא והרא"ש שם בסי' י' שהוצרכו לדחוק דרב פפא קרוב הי' ולא א"ש לשון הש"ס ולד' הכ"מ המ"ל נפ"מ כשטוען הלוה שמא דבעלמא א"ל המלוה לשבע להכחיש את העד ובע"א דקים לי' נשבע בכל ענין א"ו כהש"ך עכ"ד. ועי' בנו"ב מהדו"ת חחו"מ סי' כ"ב מ"ש בזה יעוש"ה. ועכ"פ אף לפ"ד מוכח מד' התוס' אלו כהש"ך וכמ"ש השערי בינה הנ"ל ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהביא נמי ראי' מד' התוס' והרא"ש אלו להש"ך. עוד הביא השערי בינה שם ראי' להש"ך הנ"ל מד' התוס' שם פ"ד ב' ד"ה מגו כו' ומ"ש בד' רש"י שם פ"ח א' גבי אי פקח הוא כו' ובאות ב' שם מ"ש בזה ועי' בשעהמ"ש בס"ק ו' שהביא ראי' להש"ך מד' המרדכי בפרק מי שמת בשם מהר"ם והביאו הרב בהג"ה בסימן של"ה סעיף א' גבי מלמד כו' דנשבע נגד העד כו' אף שהבעה"ב א"י. וכן ראיתי בדברי משפט בס"ק ב' שהביא ראיה זו להש"ך הנ"ל אך התומים הביא ראיה להכ"מ הנ"ל מד' הבעה"ת שער כ"א ח"ס ד"א שהק' למה לי שבועה דע"א הא בלא"ה יכול השבע לי כו' ואלו להש"ך אין כאן קושי' כלל מע"א כו' דהא שבועת ע"א איצטריך היכא דלא טוען ברי א"כ איך יכול לטעון השתבע לי כיון דלא טען ברי אבל שבועת ע"א יכול להשביעו עכ"ד. ועוד הביא ראיה מד' התוספות והרא"ש גבי אי פקח הוא כו' דס"ל כהכ"מ היפוך מד' הבית יהודא והשערי בינה הנ"ל שהוכיחו מד' התוספות והרא"ש דס"ל כהש"ך ולא כהכ"מ הנ"ל ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהביא ראיה להכ"מ מד' התוספות רי"ד בקידושין מ"ג ב' גבי הן הן שלוחיו כו' ומד' הרא"ש בחידושיו לכתובות בסוגיא דאבימי כו' דתי' לקושי' התוספות שם ד"ה מגו דלא הי' צריך לשבע להכחיש השליח כיון שהוא אינו טוען ברי וכן מוכח מתשובות הרא"ש כלל ס"ח סימן כ"ב כו' עכ"ד:

ועי' בהפלאה בכתובות פ"ז א' ד"ה הפוגמת שכ' דמלשון המשנה משמע דדוקא כשטוען הבעל ברי צריכה שבועה כדקתני ואמר לה התקבלת כו' והביא ד' התוספות שם פ"ד ב' ד"ה מגו כו' דמשמע דאף כשאינו טוען ברי צריך המלוה לשבע שבועת ע"א מעיד שהוא פרוע וסיים בל"ע ועי"ש עוד פ"ח א' ד"ה ש"ד מ"ש בזה ועי' בישועות יעקב באה"ע שם ס"ק ט' שהביא ראיה הנ"ל להכ"מ מד' רש"י הנ"ל גבי סבר רמי בר חמי כו' ומד' רש"י גבי אי פקח הוא כו' היפוך מד' התומים בדעת רש"י הנ"ל. וא"כ י' דדין זה הוי ספיקא דדינא אי צריך המלוה לשבע בע"א מעיד שהוא פרוע כשטוען הלוה שמא ועי' בבני אהובה בפכ"ד מהל' אישות הל' י"ז מ"ש והאריך בזה ועי' עוד בשעהמ"ש שכ' דא"ל המלוה לשבע כשטוען הלוה שמא משום דהא הוי הלוה א"י א"פ א"כ אף בלא שטר הי' המלוה נוטל בלא שבועה כו' אלא כיון שע"א מכחישו הי' צריך שבועה ליטול כו' וא"כ הכא שהשטר מסייע למלוה דאיכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי נוטל בל"ש. וכמו שהוכיח הרא"ש בפ"ק דמליעא גבי עד המסייע כו' דהיכא דהשטר מסייע פוטר משבועה עכ"ד ופסק כן וכ"כ במשכנות יעקב בסוף הס' בהגהות שם דד' הכ"מ נכונים דהא ה"ל א"י א"פ דאף בלא שטר נוטל וא"כ השטר מסייע לפטור משבועה דלא גרע שטר מעד המסייע אבל בטוען ברי פרעתיך א"כ בלא שטר לא הי' נוטל אף בשבועה רק מכח השטר נוטל אין בו כח לפטור משבועה עכ"ד. ואף שיש לדחות ראיה של השעהמ"ש מד' הרא"ש הנ"ל די"ל דהיינו דוקא במודה מקצת כל המסייע פוטר אבל בשבועה דע"א לא מלי פטר אלא דוקא עד המסייע דהוא נמי כשנים לפטור וכמ"ש הקצה"ח בס"ק ד'. ועוד יש לפקפק בד' השעהמ"ש הנ"ל. מ"מ נ' דאם תפס המלוה אף שלא נשבע לא מפקינן מיני' כדין ספיקא דדינא. וכן ראיתי בס' נחל יצחק בס"ק ג' שהביא ד' הגאון רע"א הנ"ל שהביא ראיה להש"ך מד' התוספות והרא"ש הנ"ל והשיג עליו והאריך בזה ומסקנתו דהוי ספיקא דדינא ואי תפס המלוה בל"ש לא מפקינן מיני':

ומ"ש המשכנות יעקב הנ"ל דכיון דאינו נוטל רק מכח השטר אין בו כח לפטור משבועה עי' בשעהמ"ש בסי' ע"ח ס"ק ז' ובהפלאה בקו"א בהל' כתובות סימן ל"ו ס"ק ו' שכ"כ לענין חזקה דהיכא דעשתה פעולתה להוציא ממון שוב אין בכחה לפטור משבועה ועי' בסימן ע"ח ס"ק ג' מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' עיד בתומים שם שכ' דשבועת ע"א מעיד שהוא פרוע א"י להשביעו עפ"י קרוב או פסול והשיג על הב"ש באה"ע סי' קט"ו ס"ק ל"ב וכ"כ באורים בס"ק ט"ז דא"י להשביעו עפ"י קרוב או פסול ובאמת מבואר כן להדיא בתוספות בכתובות פ"ה א' ד"ה מרענא והרא"ש שם בסימן ו' דע"י קרוב א"י להשביעו שבועת ע"א מעיד שהוא פרוע יעוש"ה. ועי' עוד בדברי משפט בס"ק הנ"ל מ"ש לענין אם המלוה והלוה שניהם טוענים שמא וא"י אם השטר פרוע כו' דתליא בדין אי אמרינן מתוך שא"ל מפסיד ומ"ש על הרמב"ן שהביא המשל"מ בפ"ב מהל' טוען הל' ד' ולענין אם ע"א מעיד שחוב זה אמנה או רבית הוא דאין השטר עומד לכך אי צריך בעל השטר לשבע נגד העד כדין ע"א מעיד שהוא פרוע או לאו עי' בשטרי בינה שער כ' דין י"ב אות ג' שכ' להסתפק בזה והניח בל"ע. ועי' בשעהמ"ש בס"ק ז' שהאריך בזה ופ' דאם העד אומר שהעדים ידעו מזה שהוא שטר אמנה בהא ודאי שאין בעל השטר צריך לשבע משום דהוי כאלו ב' עדי השטר מעידין להיפוך כו' אבל אם ע"א מעיד שהוא שטר אמנה והעדים לא ידעו מזה כו' צריך בעל השטר לשבע נגד העד ונוטל אף שאין השטר עומד לכך והביא ד' מהרי"ק סימן כ"ב לענין שטר מברחת שכ' נמי כן ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ד' שהאריך בדין זה והביא הירושלמי בכתובות פ"ט הל' ז' שמבואר דין זה וגם הביא ד' מהרי"ק הנ"ל ופ' נמי כהשעהמ"ש הנ"ל ועי' עוד בנחל יצחק בסימן נ"ו ס"ק א' מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' ס"ג ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה:

(ד) **אבל** אם הוא תו"ז נפרע שלא בשבועה. בקצה"ח בס"ק ד' הק' כיון דקי"ל כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה וכיון דב' יכולין לומר על שטר שהוא תו"ז שהוא פרוע למה לא יוכל ע"א להעיד תו"ז שהוא פרוע ומה ענין חזקה לעדים כו' אבל בממון נגד חזקה נמי מעיד דהא אפי' מעיד על חפץ שבחזקת חבירו כמה שנים שהוא גזול מחייבו שבועה אפי'

אפי' הוא נגד חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו משום דע"א לשבועה הוא כשנים. וכ' דכיון דמדינא לא שייך שבועה כו' אלא שהוא כדי להפיס דעתו ומש"ה בתו"ז הקילו כו' דהיכא דהוא פקח ומייתי לה לידי ש"ד כו' גם בתו"ז איכא ש"ד כו' וקושי' הראשונים שהק' בהא דר"פ אי פקח הוא כו' דמאי נפ"מ כו' ולפמ"ש נפ"מ בתו"ז ומשום דר"פ ס"ל עביד איניש דפרע בגו זמני' מש"ה הוכרחו לפרש נפקותא אחריתי עכ"ד. ודבריו תמוהים דהא מבואר להדיא בתוס' ב"ב ה' ב' ד"ה כי היכי כו' שכ' דגבי בכור דאכתי לא חייב כלל עד לאחר ל' יום ושמא ימות בתוך ל' ויפטור אפילו ר"פ נמי מודה דאינו פרוע בתו"ז יעוש"ה. וה"ה גבי כתובה אף ר"פ מודה דלא"פ בתו"ז דשמא תמות היא תחלה ויפטור ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"א אות ב' שכ' דמוכח כסברת התוספות מד' ר"פ גופא בב"מ ז' ב' וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג על הקצה"ח מד' התוספות אלו וכ' דלא כוותי' דאף אי פקח הוא ומייתי לה לידי ש"ד אפ"ה אינה צריכה לשבע בתו"ז והאריך בזה. ומה שהק' דהא הוי ע"א כשנים לשועה ול"מ חזקה דתו"ז לפוטרו משבועה ומחלק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ כ"כ הסמ"ע בס"ק ז' דל"מ חזקה דתו"ז לפוטרו משבועה דע"א דהוי כשנים לממון ומחלק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ. אך הסמ"ע סותר ד"ע דלעיל בסימן מ"ו ס"ק ג' כ' דבמלוה ע"פ והוא תו"ז וע"א מעיד שנפרע דפשיטא דע"א לא מהימן לארועי חזקה הרי דס"ל להיפוך ממ"ש כאן. ועי"ש בסימן מ"ו ס"ק י' שהבאתי ראיה להסמ"ע דסימן מ"ו מד' המ"מ בפי"ד מהל' מלוה הל' א' דאין ע"א יכול לחייבו שבועה נגד החזקה דלא"פ בתו"ז והארכתי בזה יעוש"ה:

וקושי' הקצה"ח עי' בדברי משפט בס"ק ג' מ"ש ליישב עפ"ד הר"ן בפ' שבועות הדיינים גבי אין נשבעין על הקרקעות כו' והאריך בזה וקושי' הסמ"ע שהק' דלמה בע"א מעיד שזינתה משביעין אותה וכן בע"א מעיד שלא ידע ללמוד צריך לשבע אע"ג דיש להאשה חזקת כשרות והמלמד מוקמינן לי' אחזקתי' שידע כבר כו' ולמה בתו"ז א"צ לשבע כו' לק"מ וכמ"ש מהרי"ק בשורש ע"א וז"ל כמה חזקות יש בתלמוד אשר מחמתם מוציאין ממון כגון חזקה אין א"פ בתו"ז וחזקה דאין העדים חותמין כו' ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי' והטעם כי אין לומר אוקי ממונא כו' אלא נגד חזקה דאתיא ממילא כגון חז"ה. אבל היכא שהחזקה באה מחמת טעם כגון חזקה דלא"פ בתו"ז כו' פשיטא דאין חזקת ממון עומדת כנגדה שהרי בהיות החזקה אמיתית אין חזקת ממון כלום כו' עכ"ל וכ"כ במהרי"ט ח"ב בהה"ע סימן כ"ז ובתרומת הדשן סי' ר"ז כהמהרי"ק ועי' לעיל בסימן ע"ח ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה הרי דאין לדמות חזקות זו לזו. וכ"כ הש"ך בכללי מגו סי' י' בשם הג"י ועי' בתוספות כתובות ע' ב' ד"ה לא כו' וחזקה דתו"ז שהוא מצד הסברא אלימא טפי מאשר חזקות כגון חזקות כשרות שלא זינתה או חזקה שידע המלמד ללמוד שאינם חזקה מצד הסברא ולא מצינו שפטרו חז"ל משבועה רק בחזקה שאין א"פ בתו"ז אבל בהחזקה דממילא צריך לשבע. ומ"ש הסמ"ע ראי' מדב' הרמב"ם דין זה במלוה בשטר ולא כ' במלוה ע"פ כו' אין זה ראיה דכיון דבמתניתין מבואר דין ע"א מעיד שהוא פרוע בשטר כתובה וכן בברייתא שם פ"ז ב' קתני הפוגם שטרו מש"ה כ' הרמב"ם והטו"ו דין ע"א מעיד שהוא פרוע בשטר ועל זה כ' דוקא לאחר זמנו ולא בתו"ז אבל ה"ה דאף במלוה ע"פ בתו"ז דא"צ לשבע ודלא כהסמ"ע והקצה"ח הנ"ל אלא כהסמ"ע דסימן מ"ו הנ"ל וכן עיקר לדינא דאין ע"א יכול לחייבו שבועה נגד החזקה דתו"ז וכמ"ש בסימן מ"ו שם ועי' בספר זית רענן ח"ב חחו"מ סימן כ"ז ובסוף הספר בקונטרס עלי זית מ"ש והאריך בזה:

סימן פה

סעיף א (א) **ואפי'** יש בו נאמנות. עי' בנתיבות בס"ק א' שכ' דאפי' שבועה לאחר הפרעון א"ל כו' ועי' בפנים מאירות ח"ב סי' פ"ו שכ' דצריך לשבע היסת לאחר הפרעון ועי' בשעהמ"ש בס"ק ב' שהאריך בזה ופי' דהיכא דיש שטר ביד המלוה כו' לא מהני הסברא דמכר לו את השדה לפוטרו מהיסת אבל היכא דאינו תובע אלא בע"פ מהני האי סברא לפוטרו מהיסת כיון דמסייע לי' חזקה כו' עכ"ד ועי' בבית יהודא מה שהשיג עליו והאריך בזה ועי' בספר נחל יצחק בס"ק א' שהאריך בזה ופ' דא"צ לשבע כהנתיבות הנ"ל ומ"ש על השעהמ"ש. ועי' עוד בשעהמ"ש בס"ק ג' שכ' להשיג על הפנים מאירות בסימן הנ"ל שכ' בפשיטות דמהני תפיסה בדין זה והאריך בזה ועי' בסמ"ע בס"ק ב' ובש"ך בס"ק ג' שכ' דאפי' נאמנות כבי תרי לא מהני נגד חזקה זו כו' ועי' בשערי בינה שער י"ג אות י"ז מה שהק' עליהם והאריך בזה יעוש"ה:

(ב) **לא** מכרתי לך השדה. עי' בנתיבות בס"ק ג' שכ' ליישב קושי' דקנין שאני דדברים שבלב אינו דברים לבטל קנין ברור שנעשה לפניו כו' ועי' בדברי משפט בסימן פ"ג ס"ק א' שהשיג על הנתיבות מד' הרשב"א בקידושין י"ב ב' ד"ה כנסי סלע כו' דלא משמע הכי והאריך בזה יעוש"ה ועי' בקצה"ח לקמן בסי' ק"ל ס"ק ה' מ"ש בזה:

סימן פו

סעיף א (א) **בין** דרך שכירות. עי' בש"ך בס"ק ג' מ"ש ליישב ד' הרמב"ם בפ"ג מהל' עבדים שפ' כת"ק דמוכר עצמו אין מעניקין לו ובפ"ב מהל' מלוה פ' כר"נ והאריך בזה ועי' בתומים בס"ק ג' ובנתיבות בס"ק ב' ובשעה"מ בפ"ה מהל' עבדים הל' ט"ו ובהמקנה בקידושין ט"ו א' ד"ה אלא כו' ובמשכנות יעקב החו"מ סי' ל"ח ובס' נחל יצחק בס"ק ב' מ"ש ליישב ד' הרמב"ם והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בקצה"ח בס"ק ד' ובס"ק ז' ובנתיבות בס"ק א' ובדברי משפט בס"ק א' ובמשובב נתיבות ובס' נחל יצחק בס"ק א' ובס' שפת הים ח"ג סי' ז' מ"ש לענין פקדון אי שייך שעבודא דר"נ ועי' בבית יהודא ובדברי משפט בס"ק ה' ובבית שמואל אחרון חחו"מ סי' ס"ב מ"ש בזה ועי' בס' טור האבן בסימן ל"א מ"ש בדין אי שייך שעבודא דר"נ גבי מטלטלין ובדין אי יכול למחול והאריך הרבה בזה יעוש"ה:

סימן פז

סעיף א (א) **בין** בפקדון. וכ' הסמ"ע בס"ק ה' לאפוקי מדעת רש"י דס"ל דבפקדון אף כופר הכל חייב ש"ד כו' והתוס' בב"ק ק"ז א' ד"ה עירוב פרשיות הק' על שיטת רש"י מכמה משניות ועי' בשמן רקח ח"א סי' ס"ו שכ' דאף רש"י ס"ל דבפקדון דטוען להד"ס דליכא דררא דממונא ליכא ש"ד אלא בטוען פרעתי דאיכא דררא דממונא בזה פ' רש"י גבי פקדון דחייב ש"ד עכ"ד. ומיישב בזה כמה קושי' התוס' על רש"י יעוש"ה וכ"כ בס' נחל יצחק בס"ק א' לחלק כן בדעת רש"י וכבר הקדימו בזה השמן רקח ועי' בתומים בסי' פ"א ס"ק ו' שהק' לשיטת רש"י הנ"ל מב"ק ל"ה ב' זה או' שורך הזיק וז"א לא כי אלא בסלע לקה הממע"ה וקאמר הגמ' א"ר חייא בר אבא זאת אומרת חלוקים עליו חביריו על סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין ואיך קמ"ל לאפוקי מדסומכוס הא לדעת רש"י יש כאן חיוב ש"ד ומודה סומכוס היכא דאיכא ש"ד דאמרינן המע"ה וכדקאמר הגמ' בב"מ ק' א' בסוגיא דהמחליף עכ"ד והאריך בזה. ובאמת לק"מ דרש"י לא כ"כ

אלא

אלא לר' חייא בר יוסף דס"ל עירוב פרשיות כתוב כאן כו' ומאי שנא מלוה כדרבה כו' חזקה אין אדם מעיז כו' אבל גבי פקדון מעיז ומעיז וע"ז כ' רש"י לחלק דגבי מלוה עשה לו טובה ובפקדון לא עשה לו טובה הלכך אפילו כופר הכל חייב וכל זה הוא לר"ח בר יוסף דס"ל עירוב פרשיות כתוב כאן אבל לר"ח בר אבא אמר ר"י ס"ל שם דהטוען טענת גנב בפקדון צריך שיכפור במקצת ויודה במקצת וס"ל דאין עירוב פרשיות כתוב כאן ופליג אדר"ח בר יוסף וא"כ לר"ח בר אבא אף בפקדון שלא עשה לו טובה צריך הודאה במקצת וכופר הכל פטור והתם בב"ק קאמר ר"ח ב"ר אבא זאת אומרת חלוקין עליו חביריו כו' אזיל לשיטתי' דלא ס"ל עירוב פרשיות כתוב כאן וליכא התם ש"ד ושפיר קאמר דחלוקים עליו חביריו על סומכוס כו' דלשיטתי' ליכא התם ש"ד ולק"מ קושי' התומים הנ"ל וכמדומה שכן תי' בספר מי נפתוח בקדש לענין קושי' התומים הנ"ל ואינו כעת ת"י:

(ג) **הילך** המקצת כו'. בט"ז בסוף הסי' הק' על הטור בסעי' י' שכ' דלדעת רש"י אין כופר הכל פטור מה"ת אלא בהלואה כו' דהא רש"י עצמו פי' והביאו הב"י בסמוך לענין הילך דדוקא בפקדון שייך הילך וכמ"ש הר"ן בשמו ותי' דהא יש פלוגתא בגמ' לענין מודה מקצת בפקדון ובין רמי בר חמא לר"ח בר יוסף ור"ח דאמר הילך חייב ס"ל כרמי בר חמא אבל להלכה פ' רש"י כר"ח בר יוסף דס"ל עירוב פרשיות כתוב כאן עכ"ד. ודבריו תמוהין דהא בב"ק ק"ז א' קאמר הגמ' ומ"ש מלוה כדרבה כו' חזקה אין אדם מעיז כו' אבל בפקדון מעיז ומעיז וכרים ב"מ ג' א' קאמר הגמ' אדר"ח מאי שנא הא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו שלא תאמר הודאת פיו הוא דרמי רחמנא שבועה עלי' כדרבה כו' אלמא דר"ח ס"ל כדרבה וא"כ בפקדון דיכול להעיז חייב כופר הכל ולמה אילטריך ר"ח למימר דהילך חייב ועי' בשערי בינה שער ה' אות י"ז שהשיג על תי' הט"ז מב"מ ה' א' דמקשה הגמ' על רב ששת מדתני רב"ח ולהט"ז לקשי על ר"ש מיני' ובי' כיון דר"ש לא אמר למילתי' רק בפקדון ומשום דס"ל כרב"ח ובקושי' הט"ז הנ"ל כ' דלא קשי' רק להר"ן בדעת רש"י דהילך לא שייך רק בפקדון כו' והר"ן מצי יסבור דלרש"י גם בפקדון כ"ה פטור דלא כתיס' כו' אלא כמ"ש הפ"י שם כו' והתומים בכללי מגו אות קי"ב כו'. אכן התוס' והטור שהבינו בדעת רש"י דס"ל דבפקדון גם כ"ה חייב כו' נ"ל דס"ל לדעת רש"י דגם בהלואה שייך הילך וגם בהלואה מצריך רש"י שיהא המעות הלואה גופא בעין כו' עכ"ד יעוש"ה. ודבריו תמוהין דהא מבואר להדיא בר"ן בפ' שבועות הדיינים מ"ב ב' דהביא ד' רש"י וכ' דרש"י ס"ל דבפקדון אפי' כ"ה חייב והק' על רש"י כמו שהק' התוס' והסכים לפי' ריב"א ולא ראה השערי בינה ד' הר"ן אלו. ונ"ל בקושי' הט"ז הנ"ל כמ"ש בהגהות דרישה זהק' נמי קושי' זו ותי' דמשכחת לה היכא דתבעו מנה כ' דהלואה וכ' דפקדון והודה לו בכ' דפקדון וא"ל הילך דנפטר משד"א מתביעת כ' דהלואה. א"כ משכחת לה בשאלה דלכאורה שאלה דין הלואה יש לו לענין שאין כ"ה חייב לשבע שד"א לפי טעמא של רש"י שכ' דהיכא דעשה עמו טובה אינו מעיז לכפור בכולה כו' עכ"ד ועי' בנו"ב מהדו"ק חו"מ סי' י"ד מ"ש לדחות תי' זה ולא הביא ד' הגהות דרישה הנ"ל שתי' כן ועי' עוד בנו"ב מהדו"ת חו"מ סי' כ"ח ובמחנה לוי בב"מ שם ובס' מעיני החכמה שם מ"ש בזה יעוש"ה:

(ג) **ואינו** נקרא הילך כו'. בב"י כ' וז"ל חילוקים בענין אומר הילך עי' בנ"י בפ' השואל אמתניתין דהמחליף פרה בחמור עכ"ל וכ' ע"ז בחידושי הגהות חפשתי ולא מצאתי עכ"ל ובאמת דכונת הב"י הוא עמ"ש הנ"י אמתניתין הנ"ל וז"ל מוקמינן לה בגמ' דמיירי בדלייפי כו' ומ"מ לאו הילך הוא כיון שאין הבגד שתובע לו מסוים אלא יתן לו ג' אמות מהבגד ממקום שירצה א"כ ה"ה מחויב שבועה על הבגד וא"ל כו' עכ"ל. הרי דחידש לנו הנ"י דבדבר שאינו מסוים שיכול ליתן לו מקצת שירצה ל"ה הילך זהו כונת הב"י על ד' הנ"י אלו ועי' בקצה"ח בס"ק ב' מה שלומד מד' הנ"י אלו לענין אם אחד תובע לחבירו מנה לי מאוצר זה ב' סאים חטים כו' דהוי מודה מקצת כו':

(ד) **מוכן** בידו בפני ב"ד. בש"ך בס"ק ג' כ' דבפקדון דברשותא דמרא איתא אפי' עומד בביתו של נפקד הוי הילך והאריך בזה ובנתיבות בס"ק א' הק' מר"פ הבית והעלי' גבי אם הי' מכיר מקצת אבנים קאמר התם דהוי מודה מקצת כו' ולדעת הש"ך הנ"ל ה"ל הילך וכ' מפני זה לחלק דדוקא בפקדון הוי הילך כו' אבל גזילה כו' לא הוי הילך דגזילה לא קאי ברשותא דבעלים עד שעת השבה לב"ד דהא גזל ולא נתייאשו הבעלים כו' וכיון דלא ברשות בעלים קאי לא הוי הילך כו' וא"ש הא דר"פ הבית והעלי' כו' ומיירי דפניהו דרך גזילה כו' ומש"ה לא הוי הילך עכ"ד. ובאמת אין זה הוכחה די"ל דהתם מיירי שנשבר מה שמודה בפשיעתו דלא הוי הילך וכמ"ש הנתיבות בעצמו בסי' קמ"ד ס"ק א' או י"ל דמיירי שפינס וגם מכרם לאחר בענין דלא הוי הילך וכ"כ בשעהמ"ש בסי' קמ"ד ס"ק ב'. אך אע"פ שאין זה ראי' מ"מ י"ל כהנתיבות וכ"כ בדברי משפט בס"ק א' דבגזילה לא הוי הילך אך כ' דדוקא אם לא אמר הילך אבל אם אמר הילך בגזילה ודאי פטור משד"א דלא גרע מהלואה כו' עכ"ד ועי' בתוס' רע"א במשניות בשבועות אות מ"ו ובס' נחל יצחק בס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף ה (ה) **מתוך** טענת הכפירה כו'. עי' בש"ך בס"ק י"ג מ"ש בזה לענין אם טוען על כ' א"י א"פ ולענין כ' דהבלה והאריך בזה ועי' לעיל בסי' ע"ה ס"ק ז' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף ו (ו) **בהג"ה** וכן ראוי להורות. בש"ך בס"ק ט"ו הביא ד' התה"ד סי' של"ד דעד המסייע פוטרו משבועה אפי' במודה מקצת ושבועת שומרים וע"א מכחישו והש"ך השיג עליו וכ' דאוקי חד לגבי חד וה"ל עדותן כמאן דליתי' וחייב ש"ד משום שבועת שומרים וע"א מכחישו והביא ראי' מסוף סי' מ"ו ופ"ב בע"א או' תנאי וע"א או' לא הי' תנאי אוקי חד להדי חד ומשתבע היסת כו'. ועוד כ' דאפי' בשתי כיתי עדים המכחישים זא"ז אמרינן סלק עדותן כמאן דליתי' ואי הוה חייב ש"ד בלא עדותן כו' השתא נמי משתבע הך שבועה עכ"ד. ובתומים בס"ק ה' תמה דהא בפלוגתא דרבוותא אי מחייבו שבועה או לא אמרינן דאין להשביע מספק ואלו בשתי כיתי עדים כו' נחייב שבועה מ"ש שבועה ממנמון כו' כך אין לחייבו שבועה עכקוש"י. ועי' בקצה"ח בס"ק ה' ובנתיבות בס"ק ד' ובש"ש שמעתא ו' פכ"א מ"ש ליישב זה ועי' בבית שמואל אחרון חו"מ סי' ס"ד שהביא ראי' להתה"ד מהתוס' ב"מ ג' א' ד"ה מפני מה כו' ועי' בבית יהודא שהשיג עליו והאריך בזה ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ו' מ"ש לענין שבועת היסת בתרי נגד תרי והאריך בזה. וקשה לדעת התה"ד הנ"ל מהא דקאמר הגמ' בב"מ ל"ה א' גבי מלוה על המשכון דמיירי שיש עדים שנשרפה ופריך הגמ' אי הכי מהיכא מייתי לה ולהתה"ד מאי קושי' דלמא מיירי שיש הכחשת עדים על זה אי נשרפה וא"כ פטור משבועה שאינו ברשותו ומ"מ יש לחוש דמייתי לה כיון דאין אנו יודעים אם האמת כדברי העדים שנשרפה וע"כ דמוכח כהש"ך דבכה"ג אוקי עדות להדי עדות וחייב שבועה וכן ראיתי בברית אברהם חאה"ע סי' י"ז בהג"ה שהק' קושי' זו וכ' ליישב משום דתקנה במלתא דל"ש לא תקנו והאריך בזה יעוש"ה. ובאמת לק"מ די"ל כיון דהשבועה מוטלת על הלוה ואם אין עד שנשרף הרי הלוה פטור מלשבע כ"ז שאין המלוה נשבע שאינו ברשותו וא"כ ל"ל דמיירי בעד נגד עד דכיון דזה שאו' לא נשרף הרי הלוה פטור משבועה דכמה הי' שוה כ"ז שאין המלוה נשבע שאינו ברשותו וא"כ זהו עד המסייע ללוה ופוטרו מן השבועה ובזה ניחא נמי דלא מוקי בתרי ותרי דמ"מ הלוה

מוחזק ולא יתן עד שישבע המלוה שאינו ברשותו ולק"מ קושי' הנ"ל. וכמדומה לי שכ"כ בחידושי הרי"ן בשבועות מ"ג לייעב כן ואינו כעת ת"י :

ושוב ראיתי במעיני החכמה בב"מ שם שהק' קושי' זו ותי' נמי כן וכ' עוד תי' לייבב קושי' זו והאריך בזה יעוש"ה וא"כ מנילא אין מוכרח לד' הסברית אברהם הנ"ל ושפיר י"ל דאף במלאה דל"ש נמי תקנו ועי' במנחת הבקר בב"מ שם ובהגהות הרש"ש בריש ב"מ ובס' בית הלוי ח"ג סי' ל"ה אות ג' מ"ש בד' התה"ד הנ"ל. עוד כ' הש"ך דהיכא דנתחייב תחלה ש"ד משום ע"א לחוד אפי' בא עד המסייע אחר שפסקו הב"ד ש"ד דמ"מ עד המסייע פוטרו כו' א"כ עד המסייע נמי פוטרו מדאורייתא וה"ל כתרי ותרי אלא בכל ענין אוקי סהדי להדי סהדי וסלק עדותן דתרווייהו כמאן דליתא וכ' דה"ה איפכא כו'. ובאמת הש"ך סותר ד"ע דביו"ד בסי' קכ"ז ס"ק י"ד כ' הש"ך דאף היכא דהשני נאמן מן התורה כמו הראשון אפי"ה אמרינן כל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי כאן שנים כו' וכן הק' הקצה"ח בס"ק הנ"ל ובהגהות אמרי ברוך ובתרומת הכרי ובש"ש שם פ"כ כ"א ובראש אפרים בסי' ל"ט ס"ק קע"ה על הש"ך והאריכו בזה. ועי' בתומים בס"ק הנ"ל שהק' על הש"ך מיו"ד סי' ל"ט כו' והאריך בזה ועי' במחנה אפרים הל' עדות סי' כ"א מה שהשיג על הש"ך ועי' במעין גנים ובעלי לבונה ביו"ד סי' ל"ט ובס' ראש יוסף הנדפס מחדש ביו"ד שם בביאורים בס"ק מ"ו מ"ש על הש"ך והאריכו בזה ואכמ"ל בזה ואי"ה במקום אחר אבאר ענין זה באריכות :

(ז) **להורות**. עי' בש"ך בס"ק ע"ז שכ' דהיכא דהוי משואיל"מ אין עד המסייע פוטרו ובקצה"ח בס"ק ט' השיג עליו והאריך בזה ועי' לעיל בסי' ע"ב ס"ק י"ח מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

(ח) **דה"ה** בנשבע ונוטל כו'. בט"ז הק' דהא דין זה יליף בתשובות מיימוני לס' משפטים סי' כ"א מהא דקשי' לי' דאמאי בנסכא דר"א א"ל הנחטף לשבע ובחמשים ידענא וכ' לא ידענא צריך התובע לשבע. ע"ז תי' דשאני גבי נסכא דר"א דיש לו עד המסייע ועד המסייע פוטר אפי' נשבע ונוטל ולפי"ז כו' לדידן דקי"ל בסי' ע"ה סעי' י"ג דבכ' ידענא כו' א"ל התובע לשבע כו' וא"כ אזלא הוכחה כו' דלמא הטעם בנסכא דר"א משום דהוי משואיל"מ ומשלם בלא שבועת התובע אבל אם הי' צריך שבועה ה"נ דאין עד המסייע פוטרו עכקוש"י. ובאמת לפי דעת השערי רב אלפס שער כ' שכ' דדין שנים אוחזין בטלית כו' הוא מהנשבעין ונוטלין והתוס' בריש ב"מ ב' ב' ד"ה ולחזי כו' כ' בשם ר"ת וכן הרא"ש שם בסי' ג' ובמרדכי שם דעד המסייע פוטר א"כ מוכח דאף בנשבע ונוטל עד המסייע פוטר ושפיר ד' הרמ"א הנ"ל דמוכח הך דינא מהא דשנים אוחזין וכן ראיתי בתומים בס"ק ו' שכ"כ דהך דינא נלמד מהא דשנים אוחזין לפ"ד השערי רב אלפס הנ"ל ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ט אות ד' שכ' נמי כן דהך דינא נלמד מהא דשנים אוחזין והאריך בזה יעוש"ה ולא ראה ד' התומים הנ"ל שכבר הקדימו בזה ועי' בביאורי הגר"א בס"ק כ"ד שהביא ראי' להרמ"א מד' התוס' והרא"ש והמרדכי הנ"ל גבי שנים אוחזין וכותן לפ"ד השערי רב אלפס הנ"ל. ועוד הביא ראי' להרמ"א הנ"ל מד' הרא"ש שם שכ' דהא דאמרינן בשבועות מ"ה א' דאם יש עדים שאמר האב שטר זה אינו פרוע גובה בלא שבועה דה"ה ע"א פוטרו משבועה. הרי דס"ל להרא"ש דבנשבע ונוטל עד המסייע פוטר ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ט' מ"ש בזה אך לענין דינא כ' התומים דכ' כמ"ש החוט השני דהנוטל בשטר וכדומה דמן התורה הי' נוטל בלא שבועה רק דחז"ל הטילו שבועה בזה ע"א פוטר כו' אבל בשכיר וכדומה דמן הדין אף בשבועה לא יטלו רק דחז"ל תקנו. בזה פשיטא דאין ע"א פוטר כו' עכ"ד וכ"כ באורים בס"ק י"ח. ועי' בשעהמ"ש בס"ק ו' שהביא ד' הב"ח בתשובה סי' כ"ד דס"ל נמי כהחוט השני הנ"ל כו' והסכים עמו השעהמ"ש כן לדינא. אך מה שהשיג הב"ח שם על תשובת מוהר"ס שהביא הרב במי שהפכה שבועה על שכנגדו ויש לו עד המסייע כו' בזה השיג עליו השעהמ"ש על פ"ד הש"ך בס"ק כ' בד' מוהר"ס כו' וסיים השעהמ"ש דמעתה מה שהביא הש"ך בשם מהרי"ו דאף במוליא הולאות ברשות מהני עד המסייע ל"ע די"ל דמהרי"ו ס"ל דמוליא הולאות מן הדין נוטל בל"ש כו'. אבל לפמ"ש בסי' ל"ה כו' דבמוליא הולאות מן הדין אף בשבועה לא הי' לו ליטול אלא דחז"ל תקנו שיטול א"כ בכה"ג אין עד המסייע פוטר עכ"ד. אך בס' מקום שמואל סי' ו' השיג על הב"ח והחוט השני הנ"ל וכ' דבכל הנשבעין ונוטלין אף אותן דמן הדין לא הי' לו ליטול אף בשבועה אפי"ה עד המסייע פוטר ופ' כן והאריך בזה ומ"מ לענין דינא כ' עיקר כהב"ח והחוט השני והתומים והשעהמ"ש הנ"ל דבאותן הנשבעין ונוטלין דמן הדין אף בשבועה לא הי' לו ליטול בזה אינו נוטל אלא בשבועה ואין עד המסייע פוטרו ודלא כהמקום שמואל הנ"ל וכן עיקר לדינא ועי' לקמן בסי' קל"א בשעהמ"ש בס"ק ו' מ"ש בזה :

(ט) **אם** יש לו עד המסייע כו'. וכ' הש"ך בס"ק י"ט מלבד בחשוד דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוליא ממון מהחשוד וכן הוא בתשובות מיי' שם כו' והביא ראי' מהש"ס שבועות ל"ב ב' עכ"ד. ובתומים בס"ק ט' הק' דשם איירי בתבעו עפ"י ע"א דהך העד גרם השבועה כו' ואם יהי' זה עד המסייע א"כ הוליא ממון מתחלה ועד סוף עפ"י ע"א כו' וע"ז יש ראי' מהגמ' דשבועות שם כו' משא"כ אם השבועה לא הי' מחמת העד רק מודה מקלת או בשומרים והעד מסייע לתובע למה לא יפטרו הא העד לא הי' סיבת שבועה כלל ואין זה מוליא ממון מחשוד ע"י ע"א ולא שייך לא שבקית חי לחשוד דנתחייב שבועה בלא"ה כו'. וביותר כ' דזהו אי אמרינן בעלמא דתבעו עפ"י עד והפכו לשכנגדו אין שכנגדו מחייב שבועה דעד המסייע פוטרו א"כ שפיר מוכח מהגמ' דבחשוד ל"א דעד יסייע לשכנגדו דלא שבקית כו' אבל אי אמרינן כדעת הש"ך דאין ע"א עושה שתי פעולות כו' א"כ אף בחשוד הדין כן כו' ואין כאן קושי' וראי' כלל מהך דשבועות ולעולם עד המסייע פוטר בחשוד לשכנגדו אם סיבת השבועה הי' מחמת מודה מקלת וכדומה ודין זה ל"ע עכ"ד. ועי' בנתיבות בס"ק ה' שהק' נמי קושי' זו ותי' דשפיר כ' הש"ך דמ"מ שייך חששא זו דכ"א ילוה פרוטה לחשוד ויתבע ממנו סך רב דאז יהי' החשוד מודה מקלת ויוליא ממנו ממון עפ"י ע"א בלא שבועה וכעין חששא זו כ' התוס' ב"מ ה' ד"ה שכנגדו עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר דל"ד לד' התוס' דב"מ כיון שיש לו עד המסייע ול"ש בזה כ"א יוליא ממון מהחשוד דנתחייב לו שבועה בלא"ה וכמ"ש התומים הנ"ל. והתוס' דב"מ שם לא כ' אלא דבדיבורא בלבד יוליא ממון מהחשוד דילוה לו פרוטה ויתבע ממנו סך רב אבל כשיש לו עד המסייע אין לומר כן רק היכא דשבועת החשוד הוא עפ"י ע"א אז אם נימא דשכנגדו א"צ לשבע דעד המסייע פוטרו נמלא דמוליאין ממון עפ"י ע"א כיון דתחלת השבועה הי' על פיו אבל כשהחשוד חייב שבועה ע"י מודה מקלת בזה אין מוליאין ממון עפ"י ע"א דהא בלי העד ג"כ מוליאין ממון מהחשוד רק שהי' לריך לשבע נמלא אינו מוליא ממון עפ"י העד רק שפוטרו משבועה וא"כ הדרא קושי' הנ"ל לדוכתא. וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג כן על הנתיבות והשיג נמי על התומים והאריך בזה וראיתי בדברי משפט בס"ק ד' שהק' נמי קושי' הנ"ל והרחיב הקושי' ביותר וכ' לייבב די"ל דזהו כונת הש"ך שכ' מלבד בחשוד כו' והיינו משום דלא שבקית חי דכ"א יוליא ממון מהחשוד ע"י ע"א וקשה דאמאי לא כ' הש"ך כמבואר בתשובות מיימוני דמש"ה אינו נוטל שכנגדו אלא בשבועה משום דא"כ הוי כע"א קם לממון וכן הק' בנו"ב מהדו"ת חחו"מ סימן כ"ז ולפי הנ"ל א"ש דהא לשיטת הש"ך היכא דהחשוד הוא כ"ה ואינו חייב שבועה רק מחמת דאיכא ע"א אין אותו העד יכול לפטור התובע שיטול בל"ש כו' וא"כ זהו אם הוא כ"ה שפיר חייב שכנגדו לשבע

אבל

אבל אם החשוד הוא מודה מקצת וחייב שבועה בלא העד אמאי חייב התובע לישבע אי איכא עד המסייע דהא צ"ל דהוי כע"א קם לממון כו' ז"א דהא אפשר לו להשמט שיכפור הכל כו' ואנחי חייב לשבע היכא דאיכא ע"א ומש"ה כ' הש"ך אם החשוד הוא מודה מקצת וחייב שבועה אף בלא העד מ"מ שכנגדו אינו נוטל אלא בשבועה דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד בלא שבועה ולא שבקית חי לחשוד עכ"ד ומיישב עפ"ז קושי' הקצה"ח בס"ק ט' והאריך בזה והיינו כעין תי' הנתיבות הנ"ל דכונת הש"ך היכא דנתחייב החשוד שבועה ע"י מודה מקצת והטעם משום דלא שבקית חי וכמ"ש התוס' ב"מ הנ"ל אך בדברי משפט ביאר הדבר ביותר וכבר כתבתי דליכא ליישב הכי ואינו דומה לד' התוס' דב"מ הנ"ל והדרא קושי' לדוכתא :

וכן ראיתי בשערי בינה שער ג' דין ד' אות ה' שהק' כן על הש"ך דדבריו סותרין זא"ז דלפ"ד דס"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות אינו מוכח כלל דבחשוד אין עד המסייע פוטר לשכנגדו היכא דהחשוד הוא מודה מקצת כו' והש"ס מיירי היכא דהשבועה באה ע"י העד כו' והתשו' מיימוני ס"ל דע"א עושה שתי פעולות כו' וא"כ הש"ך מזכה שטרא אבי תרי עכקוש"י והניח בקושי' . וכן הק' בתשובות רע"א סי' קע"ח ובשמן רקח ח"א סי' ע"ה על הש"ך ועי"ש מה שהק' על הש"ך הנ"ל מד' הש"ך דסי' ל"ב ס"ק י"א ומ"ש בזה ועי' בס' משנת דר"א בסוף הס' במהדורא קמ"ב מ"ש על הש"ך והאריך בזה ועי' בהגהות אמרי ברוך מה שהק' על הש"ך וכבר הק' זה הנו"ב הנ"ל אך י"ל דכונת הש"ך הוא דאמאי לא אוקי הגמ' בשבועות שם דאיירי דהחשוד הוא מודה מקצת וחייב החשוד לשבע אף בלא העד דמעיד וכיון דהעד לא מחייב כלל שבועה יכול לפטור את המלוה מן השבועה ונוטל המלוה בלא שבועה ול"ק מי יימר דמשתבע א"ו מוכח דאף בכה"ג אין העד יכול לפוטרו להוציא מן החשוד . אבל באמת ז"א דליכא למימר הכי דא"כ העד לא בא לממון כלל ולא הוי רק גורם לממון דהא סוף סוף בלא העד כיון דחשוד מודה מקצת שכנגדו נשבע ונוטל ומש"ה ליכא לאוקמא בכה"ג וכ"כ בדברי משפט בס"ק הנ"ל ועי' בס' ברית יעקב חחו"מ סי' ל' שכ' נמי כן דליכא לאוקמא בכה"ג משום דאכתי הוי רק גורם לממון ומיישב ד' הש"ך בדוחק והאריך בזה . אך י"ל דכונת הש"ך לפמ"ש המ"מ בפ"ב מהל' טוען הל' ד' בטעמא דהרמב"ם דס"ל בהי' החשוד שומר דפטור משום דאל"כ יהי' כל חשוד המקבל פקדון חייב באונסין דהא לא הי' נאמן לומר נאנסו ולא מצינו שהחמירו חז"ל עליו עכ"ל וזהו כעין סברת התוס' דב"מ הנ"ל . ועיקר סברתו כיון דאין שכנגדו יכול לשבע מש"ה מפטר החשוד א"כ לפ"ז היכא דהתובע יש לו ע"א דפשע החשוד דאז הדין נותן דנוטל מהחשוד משום דע"א פוטרו מן השבועה דכיון דעיקר הטעם דאינו נוטל מהחשוד שומר משום דכיון דאינו יכול לשבע ע"כ אינו נוטל לפי סברת המ"מ א"כ בכה"ג דיש לו עד המסייע הי' נוטל מהמפקיד בל"ש וא"כ הוי מצי הגמ' לאוקמא דמיירי בחשוד שומר דאם הי' מעיד ע"א הי' נוטל ועכשיו שלא העיד הפסידו ואינו יכול לומר לו אשתבע דהא התובע טוען שמא . ומדלא מוקי הגמ' בכה"ג א"כ מוכח מזה דגם בכה"ג אמרינן כיון דאינו נשבע ע"כ אינו נוטל מהחשוד דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד שומר וכמ"ש המ"מ הנ"ל משום דלא שבקית חי כו' א"כ ממילא מוכח נמי לפ"ז דה"ה במודה מקצת ויש לתובע עד המסייע דג"כ אינו נוטל כ"ז דלא נשבע משום הך סברא דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד ושפיר הוכחת הש"ך ולק"מ קושי' התומים הנ"ל . וכן ראיתי בס' נחל יצחק בסי' ל"ב ס"ק ז' שכ' כן ליישב ד' הש"ך הנ"ל וכ' שם עוד תי' בכונת הש"ך והאריך בזה יעוש"ה :

(י) **נוטל** בלא שבועה . עי' בקצה"ח בס"ק י' שכ' להסתפק בזוקקין נכסים שאין להם אחריות את הנכסים שיש להם אחריות ובא עד המסייע על הקרקעות אי מהני לאפטורי

מגלגול שבועה כו' ועי' בבית יהודא שכ' דעד המסייע פוטרו מן גלגול שבועה בקרקע והאריך בזה ועי' בשעהמ"ש לקמן בסי' צ"ד ס"ק ב' שם דאין עד המסייע פוטר מגלגול שבועה והאריך בזה ועי' מ"ש שם בס"ק ב' להשיג על השעהמ"ש והארכתי בזה יעוש"ה . ואם יש לו ע"א המסייע על עיקר שבועה עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א בסי' צ"ד סעיף ה' שכ' די"ל דלגבי שבועה ע"א כב' והוי כבאו ב' עדים דליכא שבועה כלל ובטל הגלגול עכ"ד ועי' בס' נחל יצחק בסימן ע"ה ס"ק א' מ"ש והאריך בזה :

(יא) **אלא** מכח מגו כו' בש"ך בס"ק כ"א הק' מד' הרא"ש בפ"ק דמציעא שהביא בשם הר"ר יונה שהק' מהא דאמרינן בפ' כל הנשבעין כו' בשטר צריך להחזיר לו בעדים כדי לפטור משבועה כו' ומד' המרדכי רפ"ק דמציעא כו' והניח ד' הרב בצ"ע ובתומים בס"ק י' כ' ליישב דהא דאמרינן מגו דהעזה בממון היינו בבע"ד עצמו להרויח ממון מעיז אבל למי שאינו נוגע לו כלל אינו מעיז ויותר נוח לו לומר דבר שאינו מעיז ולכך שם בהרא"ש אם העד ישקר ויאמר נאנסו אין חבירו מכיר בשקרו ויותר נוח לו מלהעיד שהחזיר וכן במרדכי בפ"ק דב"מ שהעיד שלוה וזה מכחישו ומכיר בשקרו כמו אם הי' מעיד על מה שתפס להד"ס שפיר הוי עד המסייע . אבל במרדכי בפי חזה"ב שמעיד שראה שטר מתנה מאביו לאמו על שדה זו אע"ג דהבן יש לו מגו דזבנה מ"מ העד לא ירצה להעיד כן דהוי מעיז שמכירים בשקרו עכ"ד . ודבריו תמוהים מד' המרדכי בפ' חזה"ב סי' תקכ"ד שהביא תשובת מהר"מ וז"ל על ראובן שטען על שממון הפקדתי בידך חגורה ש"כ ובתי נפש של זהב ושמעון משיבו אמתך הפקידה אותם בידי קודם שנשאת ע"ת שלא יהא לך רשות בהם וליתנם לבני' כו' ורוצה אני לקיים צווי' כו' והי' ממחרת כשהי"ל לשמעון נשבע אמר שמעון זוגתי הזכירה הדברים שודאי כן הוא כד' ראובן כו' . והשיב כ"ל דשמעון נאמן בשבועה כו' ולומר טעיתי מלפנים ועכשיו נזכרתי במגו דאי בעי אמר החזרתי ליורשי האשה כו' ול"ל דלאו מגו טוב הוא דדמיא למגו דהעזה כו' דאפי"ה אמרינן מגו כמו שהוכיח ר"י מפ"ב דכתובות גבי שדה זו של אביך היתה ולקחתי' ממנו דנאמן כו' עכ"ל . ופ' כן הרמ"א לעיל בסי' פ"א סעי' כ"ג . הרי דס"ל למהר"מ דאפי' היכא דאינו מרויח ממון אמרינן מגו דהעזה דהא התם בין כך ובין כך לא ישאר אצלו החגורה ובתי נפש ועי' בשעהמ"ש בסי' פ"א ס"ק י"ג שהרגיש בסברת התומים והק' שם על מהר"מ דל"ד לשדה זו של אביך היתה כו' דמרויח ממון לכן מעיז יעוש"ה. אבל עכ"פ חזינן דמהר"מ לא ס"ל הכי וא"כ צ"ל כתי' התומים הנ"ל וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק נבי ז"ל אב"ד דסטמייטין . ועי' בבית יהודא מה שהשיג על התומים וצ"ל בקושי' הש"ך כמו שתי' הט"ז בסעיף ל' דאיכא חילוק בין היכא דעיקר זכות הוא ע"י מגו כמו בקרקע ושטר פקדון ובין היכא דעיקר זכות לא הוי ע"י מגו כו' וכן תי' בשעהמ"ש בס"ק ז' וכבר קדמו הט"ז בזה ועי' בנתיבות בס"ק ז' מ"ש ליישב קושי' הש"ך ועי' בבית יהודא מה שהשיג עליו ומ"ש ליישב קושי' הש"ך והאריך בזה ועי' בהגהות אמרי ברוך מ"ש בזה ועי' בס' אהל דוד בשבועות מ"ה ב' מ"ש ליישב קושי' הש"ך הנ"ל מד' הרא"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף י (יב) **אם** קדם ותפס . עי' סמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד שכ' בשם הר"ן דבוקא אם תפס מעות אין מוציאין מידו אבל לא כשתפס מטלטלין ועי' בשערהמ"ש בס"ק ע' שהק' מלעיל סי' מ"ב סעיף א' ומסי' מ"ו סעיף ל"ז דמהני תפיסה אף במטלטלין כו' ועי' בבית מאיר באה"ע סי' ל"ו סעיף י"א מה שהק' על הר"ן ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ז' ובסי' א' ס"ק א' מ"ש ליישב קושי' זו ועי' בתומים ס"ק י"ב ובקצה"ח ס"ק י"ג ובתשובות רע"א סימן קל"א בשולי המכתב ובשערי בינה שער י"ז אות ד' ובשער כ' דין י"ט אות ד' מ"ש בזה יעוש"ה :

(יג) **לא** מפקינן מיני'. עי' בס"ך בס"ק כ"ה שהביא ד' פסקי מהר"מ רקנטי סי' רמ"ע שנסתפק במחויב שבועה דרבנן ואינו רוצה לשבע והתובע תפס מהו אי מהני ובקצה"ח בס"ק י"ג כ' דלא מהני תפיסת התובע ועי' בשעהמ"ש בס"ק ח' שהביא ד' הרא"ן בפ' שבועת הדיינים שכ' בהדיא דמהני תפיסת התובע ועי' באורים בס"ק כ"ו ובנתיבות בחידושים בס"ק י"ב י"ד מ"ש בזה. עוד הביא הס"ך בשם מהר"מ רקנטי דאם הנתבע הוא חשוד ושכנגדו תפס מהו מאחר דליכא דין היפוך שבועה בלא דעת הנחשד הי' נ"ל שאין תפיסתו מועלת כלום כו' ורפיא בידי והס"ך כ' עליו דנ' ברור דאין תפיסתו כלום בחשוד וכן פ' התומים בס"ק י"א ובקצה"ח בס"ק הנ"ל דלא מהני תפיסה בחשוד וכן יש להוכיח משבועות ל"ב ב' גבי הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה דפריך הגמ' דחשיד מאן אלימא דחשוד לוה כו' ולימא לי' מי יימר דמשתבעת. ומאי קושי' דלמא מיירי דתפס התובע ואינו רוצה לשבע דמהני תפיסתו ובזה העד שפיר חייב ק"ש דהא מפסיד להתובע ממון ממש במה שאינו רוצה להעיד א"ו מוכח דלא מהני תפיסת התובע ושפיר פריך הגמ' ולימא לי' מי יימר דמשתבעת וכמדומה לי שכן הביא ראי' זו להס"ך בס' נחלת עזריאל בשבועות שם ואינו ת"י ועי' בס' נחל יצחק בס"ק ח' שהביא ד' הסימקו"ב ב"מ ה' ב' ומ"ש עליו:

סעיף יא (יד) **וכן** הנשבעין ונוטלין כו' א"י להפכה כו'. בס"ך בס"ק ל' כ' ועוד נפ"מ בין דעת רש"י ותוס' וסייעתם כו' לענין אם יש ללוה ע"א על השטר שהוא פרוע כו' דלדעת רש"י ותוס' יכול להפך אותה שבועה עצמה שנתחייב מכח העד ושוב לא יועיל העד להיות עד המסייע כו' והיינו משום דס"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות וכ"כ הס"ך בס"ק ל"ה להשיג על מהרי"א וכ' דלמאי דקי"ל עד המסייע פוטר משבועה כו' לא תוכל לומר הריני כשאר תובעים דא"כ יהי' לו עד המסייע ופטור לגמרי ולמאי דבעי הרי"ף והרא"ש לומר מעיקרא דנפ"מ לענין היפוך וכן לפמ"ש רש"י והתוס' באמת דנפ"מ לענין היפוך לא קשי' דהא יהי' לו עד המסייע דהא כיון דהעד יועיל לחייב שבועה כו' א"כ יוכל אח"כ להפך את השבועה ולא יועיל העד לפטור שהרי כבר העיד לחייב שבועה כו' וכ"כ עוד הס"ך בסימן ל"ב ס"ק ח' והביא ד' הרא"ש בתשובה ריש כלל י"א שכ' דמי שכופר בכל וע"א מכחישו והוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל כו' וכ' הס"ך עליו ול"נ דהעד יפטרנו דהוי עד המסייע דכיון דנתחייב שבועה עפ"י העד שוב לא יוכל העד לפוטרו כו' עכ"ד. וסברת הס"ך הוא דאי נימא דע"א עושה שתי פעולות א"כ נפיק ממון עפ"י ע"א דמתחלה הוא מחייב שבועה ואח"כ פוטרו ואין ע"א קם לממון ומש"ה ס"ל להס"ך דאין ע"א עושה שתי פעולות וכ"כ התומים בס"ק י"ג דזהו סברת הס"ך ועי' בקרבן נתנאל בכתובות בפ' הכותב סי' כ"ה אות ת' שהשיג על הס"ך וכ' עליו דגם מן הסברא אין כ' ובאמת שפיר סברת הס"ך משום דאין ע"א קם לממון וכנ"ל ומה שהשיג שם עוד על הס"ך אין זה השגה כאשר יראה הרואה יעוש"ה. והנה הקצה"ח בס"ק ע"ז השיג על הס"ך מד' הגהות מיימוני בפי"א מהל' שבועות שכ' דמש"ה לא פי' רש"י גבי אי פקח דנפ"מ לענין היפוך משום דעד המסייע פוטרו הרי דס"ל דאף דהשבועה באה ע"י העד אפי"ה יכול העד לפוטרו דע"א עושה שתי פעולות עכ"ד. וכבר קדמו בזה התומים בס"ק הנ"ל להשיג על הס"ך מד' הגהות מיימוני אלו והאריך בזה ואח"כ כ' דגם רש"י ס"ל כהס"ך הנ"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות רק דקשי' לי' לרש"י תינח דרמי בר חמא דסבר ש"ד דנפ"מ אי אקרי כך אי יכול להפך אי לא אבל ר"פ דאמר אי פקח כו' ביקש להשיאו עצה להמלט מהיפוך טמר השבע לי בלי תביעת העד כלל וא"כ איך תוכל להפך הא ה"ל עד המסייע דהא עיקר שבועה לא הי' ע"י העד ולזה פירש"י דנפ"מ לענין בנק"ח כו' וכ' אח"כ דאפשר דגם מהר"ס ס"ל כסברת הס"ך דאין ע"א עושה שתי פעולות רק דקשי' לי' דה"ל לר"פ להשיא עצה לטעון השבע לי בלא עד ואם תהפך הרי עד המסייע כו' אבל לפנ"ש ניחא דלא אמר רש"י רק בשבועת השבע לי דהיא בגדר היסת אבל לא בשבועת המשנה כו' אבל עכ"פ הסברא נכונה כמ"ש הס"ך עכ"ד. ועי' בתשובות רע"א סימן קע"ח שכ' נמי כן דרש"י ס"ל כהס"ך הנ"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות כו' וכ"ז ניחא במתניתין אבל ר"פ דאמר אי פקח הוא כו' הא יכול לעשות כך שיאמר לה אשתבע לי דלא פרעתיך כו' הולכך רש"י למנקט הנפ"מ לענין אנקוטי חפצא עכ"ד. והיינו כד' התומים הנ"ל בכונת רש"י ולא הביא ד' הגהות מיימוני הנ"ל במה שפי' בד' רש"י דמוכח דלא ס"ל כהס"ך הנ"ל ועי' בשערי בינה בפתיחה אות ה' ובישועות יעקב באה"ע סימן ל"ו ס"ק ט' שכ' נמי כן בכונת רש"י דס"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות וכהס"ך הנ"ל ועי' בס' חמדת צבי בכתובות שם מ"ש בד' רש"י הנ"ל יעוש"ה:

אך מהתשובות מיימוני לספר משפטים סימן ס"א מבואר להדיא דע"א עושה שתי פעולות דלא כהס"ך הנ"ל שכ' שם דמש"ה גבי נסכא דר"א חייב הנתבע מטעם משואיל"מ ואין התובע חייב לשבע דכיון דאית לי' לתובע עד המסייע מש"ה פטור משבועה עכ"ד יעוש"ה. הרי להדיא דס"ל דע"א עושה שתי פעולות וכ"כ הקצה"ח בס"ק הנ"ל ובדברי משפט בס"ק ד' ובשערי בינה שער כ' דין ד' אות ה' דהתשובות מיימוני ס"ל דע"א עושה שתי פעולות וא"כ ל"ל כהתומים הנ"ל שכ' דגם הגהות מיימוני הנ"ל י"ל דס"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות כהס"ך דהא מד' התשובות מיימוני מוכח להדיא דס"ל דע"א עושה שתי פעולות דלא כהס"ך. ובכונת רש"י הנ"ל גבי אי פקח הוא כו' שכ' נפ"מ לענין נק"ח ולא כ' דנפ"מ לענין היפוך שבועה עי' במהרש"א שם ובפ"י ובהפלאה ובבית יעקב ובחידושי רע"א ובחמדת צבי שם ובתשובות רע"א שם ובשערי בינה שם ובתומים בסי' פ"ד ס"ק ז' ובס' נחל יצחק בס"ק ט' מ"ש בזה אבל מ"מ שפיר י"ל דרש"י ס"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות כהס"ך וכמ"ש התומים והגאון רע"א והשערי בינה והישועות יעקב הנ"ל. אך מד' רש"י בשבועות מ"ד ב' ד"ה ושכנגדו כו' משמע לכאורה דלא ס"ל כהס"ך שכ' שם ונתחייב הנתבע שבועה מה"ת ע"י הודאה במקצת עכ"ל. וכן פי' הר"ן שם ואמאי לא פי' סתמא דנתחייב שבועה מה"ת ולמה הוצרכו לפרש ע"י הודאה במקצת אלא משמע דבאו לאפוקי שבועת ע"א דבזה אין התובע נשבע ונוטל היכא דהנתבע חשוד דהא ה"ל עד המסייע וס"ל דע"א עושה שתי פעולות דלא כהס"ך הנ"ל וכן ראיתי בשערי בינה שם באות ו' שכ' להוכיח מד' רש"י והר"ן דס"ל דע"א עושה שתי פעולות אבל באמת ז"א. דהא אף התשובות מיימוני הנ"ל דס"ל דע"א עושה שתי פעולות מ"מ מודה בחשוד דנתחייב הנתבע שבועה ע"י ע"א דאין עד המסייע פוטרו משום דאל"כ כ"א יוציא ממון מהחשוד עפ"י ע"א וא"כ תקשי על רש"י והר"ן דכ"א יוציא ממון מהחשוד עפ"י ע"א וכן הק' בשערי בינה שם וכ' דרש"י והר"ן לית להו חשש זה וזהו דוחק. ועוד קשה על רש"י והר"ן משבועות ל"ב ב' דפריך הגמ' ולימא לי' מי יימר דמשתבעת והא הוי לי' עד המסייע וכמו שהק' התשובות שם כיון דלית להו כתי' וכן הק' השערי בינה שם וא"כ ל"ל דכונת רש"י והר"ן הוא משום דס"ל דעד המסייע פוטר ואף דעושה שתי פעולות. ובכונת רש"י הנ"ל י"ל כמ"ש בעטרת חכמים בחידושיו לשבועות שם דהר"ן שם מקשה קושי' התוס' ומתרץ דמתניתין לא חשיב אלא הנך שמן הדין לא הי' לו ליטול כלל והק' דהא חשיב שכנגדו חשוד על השבועה כו'. ויש לתרץ דהנה התוס' כ' דמגו דהעזה לאפטורי מממון אמרינן ולאפטורי משבועה ל"א וקשה דאמאי אמרינן בחשוד משואיל"מ הא יש לו מגו דאי בעי כ"ה דהא אין זה לאפטורי משבועה אלא מממון. אמנם לאביי דאמר חיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו ליכא כאן מגו דיכול להיות שאין עליו ס' מלוה ישנה אלא על אותו מקצת שכופר ולכך לא כ"ה וכ"כ הפ"י בב"מ ג' ב' וכ' שם דגם רבה מודה לאביי רק שד' אביי אינו אלא מדרבנן אבל מדאורייתא ל"א שמא מלוה ישנה יש לו עליו ולכך הולרך רבה לומר דטעם שבועה

שבועה דאורייתא משום דאין אדם מעיז והוי מגו דהעזה. אבל מדרבנן בלא"ה ליכא מגו משום שיכול להיות שאין לו ש' מלוה ישנה אלא על מה שכופר א"כ מיושב קושי' הנ"ל די"ל דמדאורייתא ליכא בהודה מקצת בחשוד משואיל"מ דהא יש לו מגו דאי בעי כ"ה דהא גבי חשוד הוי לאפטורי מממון ומה שהדין שישלם אינו אלא מדרבנן וכיון שהוא מדרבנן תו אין להאמינו במגו דדלמא אין לו ש' מלוה ישנה רק על מה שכופר וא"כ דין חשוד אינו אלא מדרבנן דמדאורייתא הי' לו לאפטורי במגו ולכך חשיב במתניתין בין שארי נשבעין ונוטלין שהדין בהם שמדאורייתא לא יטלו. אבל בחשוד וע"א מכחישו היכא דליכא מגו או לשיטת הסוברים דע"א לשבועה הוי כשנים לממון לכך אינו מועיל כלל נגדו מגו כמו נגד ב' עדים גם מדאורייתא הוי משואיל"מ וכיון שמתניתין לא חשיב כ"א הנך שמדאורייתא לא הי' להם ליטול כלל ע"כ הוצרך רש"י לפרש שכנגדו חשוד על השבועה דמתניתין דוקא במודה מקצת עכ"ד יעוש"ה. ודבריו נכונים וא"כ שפיר י"ל דרש"י ס"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות כהש"ך וכמ"ש התומים והגאון רע"א והשערי בינה והישועות יעקב הנ"ל ועי' בבני אהובה בפכ"ד מהל' אישות הל' י"ז מ"ש והאריך בזה:

וראיתי בפ"י בכתובות פ"ח א' בתוס' ד"ה מייתי לה שהק' על התוס' שכ' א"כ למאן דאית לי' דבדאורייתא מפכינן ובדרבנן מפכינן כו' ועל ד' הרא"ש שם דהא בלא"ה לא מצי הפוכי דהא אית לי' עד המסייע כו' ופוטר משבועה כו' עכקוש"י. ולפ"ד הש"ך הנ"ל לק"מ דבהא אין עד המסייע פוטר דאין ע"א עושה שתי פעולות ולא ראה הפ"י ד' הש"ך הנ"ל שהרי לא הביאם. והנה הש"ך בסימן ל"ב הביא ראי' לדין זה דהיכא דהנתבע חשוד ע"י שבועת ע"א אין עד המסייע פוטר מד' הרא"ש בתשובה ריש כלל י"א ועי' בנו"ב מהדו"ת חהו"מ סימן כ"ז שהק' על הש"ך למה הוצרך להביא ראי' מד' הרא"ש דהא מוכח כן מד' הגמ' בשבועות הנ"ל דפריך ולימא לי' מי יימר דמשתבעת וכן הק' בדברי אמת בענין השוד ותי' הנו"ב משום דמד' הגמ' י"ל כמ"ש בתשובות מיימוני הנ"ל דמש"ה אין עד המסייע פוטר בחשוד משום דנמצא עיקרו לממון ואין ע"א קם לממון ולא כטעם הש"ך משום דאין ע"א עושה שתי פעולות. ויש כמה נפ"מ לדינא בין טעם של התשובות מיימוני לבין טעם של הש"ך ומש"ה הביא הש"ך ראי' מד' הרא"ש בתשובה דשם מבואר דס"ל כטעם של הש"ך דאין ע"א עושה שתי פעולות והאריך בזה וכן הגאון רע"א בתשובה שם הק' על הש"ך כהנו"ב ותי' דהש"ך בא לומר דאפי' בכה"ג בע"א שלוה והחשוד טוען להד"ם אף דלא מקרי קם לממון בכה"ג מ"מ צריך לשבע משום דאין ע"א עושה שתי פעולות וע"ז הביא ראי' מד' הרא"ש דשם איתא הדין בנידון זה ממש היכא דהחשוד טוען להד"ם עכ"ד והאריך בזה. וא"כ לפ"ד מוכח מד' הרא"ש דס"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות וכהש"ך ודלא כמ"ש הקצה"ח בס"ק הנ"ל דהרא"ש ס"ל כהטעם של התשובות מיימוני הנ"ל וס"ל דע"א עושה שתי פעולות והשיג על הש"ך בכונת הרא"ש דלא כדבריו. אלא כמ"ש הנו"ב והגאון רע"א הנ"ל בכונת הש"ך דמוכח דהרא"ש ס"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות וכהש"ך הנ"ל ועי' בתומים בס"ק הנ"ל שהביא ראי' להש"ך מד' הרשב"א שהביא הר"ן בפ' שבועות העדות שס"ל דבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא א"ל שכנגדו לשבע והביא ראי' מהא דקאמר הכל מודים בע"א דר"א דמוכח דאין שכנגדו צריך לשבע וקשה הא שם ה"ל עד המסייע כו' ועכצ"ל סברת הש"ך דלא הוי עד המסייע משום דאין ע"א עושה שתי פעולות עכ"ד. וא"כ כיון דמד' הרא"ש בתשובה והרשב"א הנ"ל מוכח דס"ל כהש"ך וגם מד' רש"י בכתובות פ"ח א' הנ"ל משמע נמי דס"ל כהש"ך. וגם מד' הגהות מיימוני הנ"ל נמי אין מוכח דלא ס"ל כהש"ך די"ל כמ"ש התומים הנ"ל בדבריו. רק דמתשובות מיימוני הנ"ל מוכח דלא ס"ל כהש"ך ואיהו נמי משום דס"ל דבמשואיל"מ צריך שכנגדו לשבע מש"ה ס"ל דבנסכא דר"א ה"ל עד המסייע דע"א עושה שתי פעולות. אבל לדידן דס"ל דבמשואיל"מ א"ל שכנגדו לשבע א"כ אינו מוכח דע"א עושה שתי פעולות ואדרבא משמע להיפוך וכמו שהוכיח התומים הנ"ל מד' הרשב"א וכיון דהרשב"א והרא"ש ס"ל כהש"ך וגם מרש"י הנ"ל משמע כהש"ך וכמ"ש התומים והגאון רע"א והשערי בינה והישועות יעקב הנ"ל א"כ נ' עיקר לדינא כהש"ך הנ"ל דאין ע"א עושה שתי פעולות ודלא כהקצה"ח שהשיג על הש"ך אלא העיקר כהש"ך. וכן פ' התומים בס"ק הנ"ל ובאורים בס"ק כ"ט כהש"ך ועי' עוד בתומים בס"ק ע"ז ובנחל יצחק ובס' ברית יעקב חהו"מ סי' ל' מ"ש בזה ועי' לעיל סימן ע"ב ס"ק י"ח מ"ש על ד' הש"ך הנ"ל יעוש"ה ועי' עוד בקצה"ח שהביא ד' הרשב"א בחידושיו לכתובות שס"ל כמוהרא"י ועי' בתרומת הכרי שכ' דכן מבואר להדיא בבעל העיטור בדיני חוב והשיג מזה על הקצה"ח ועי' בס' נחל יצחק בס"ק י"א מ"ש בזה:

(טו) **שלא** מדעת הנתבע. עי' בשעה"מ בס"ק י"א שכ' להסתפק גבי מלוה על המשכון דצריך לשבע בנק"ח אי יכול להפך על שכנגדו כו' והביא ד' הבעה"ת שער מ"ט סוף חלק י"ז שכ' להדיא דלא מפכינן כו' ועי' בדברי משפט בסי' ע"ב ס"ק ח' מ"ש והאריך בזה ולא הביא ד' הבעה"ת אלו ועי' בבית יהודא מ"ש בזה:

(טז) **אין** מהפכין. עי' בתומים בס"ק ט"ו שהביא ד' השבות יעקב כו' ופי' כן וכן פ' באורים בס"ק ל"א ובנתיבות בחידושים בס"ק ט"ז ועי' בקצה"ח בסי' ט"ו ס"ק ב' מ"ש בזה ועי' בס' נחל יצחק בס"ק י' מ"ש והאריך הרבה בזה יעוש"ה:

סעיף יב (יז) **אי** אפשי כו'. עי' בתומים בס"ק ט"ז שכ' דעכשיו נהגו הדיינים לפסוק אפי' בש"ד להפך על התובע בהיסת כו' וכ' דה"ט משום דעכשיו אינו נשבע עד שמניח מעות התביעה ביד ב"ד מושלם עד אחר השבועה א"כ מחשב זה כפרעון הואיל והוא ביד ב"ד כו' א"כ יכול אח"כ לתובעו השבע לי היסת שלא פרעתיך שלא כדין כו' נשבע כי היינו תביעה חדשה עכ"ד. וכן פ' באורים בס"ק ל"ד ובנתיבות בחידושים בס"ק י"ח ועי' בבית יהודא שהשיג על התומים וכ' דזה לא מחשב כפרעון מה שמשלים ביד ב"ד והאריך בזה ועי' בבית יהודא בסי' כ"ח סעי' ב' שכ' ליישב קושי' הש"ך שם בס"ק כ"ג עפ"ד התומים הנ"ל כו' וסיים דמזה ראי' להתומים יעוש"ה:

סעיף יג (יח) **בהג"ה** הוי טעות בדבר משנה וחוזר. עי' בש"ך בס"ק ל"ח שהאריך להוכיח דשבועת היסת צריכה נק"ח והביא ראי' מריש ב"מ גבי ההוא רעיא כו' ועי' בקצה"ח ס"ק י"ז ובשעה"מ ס"ק י"ד ובגליון ש"ע מהגאון רע"א ובבית יהודא ובס' משנת דר"א ובס' מעין גנים מ"ש לדחות ראי' זו של הש"ך ועי' בתומים בס"ק י"ז ובקצה"ח בס"ק י"ח ובמעין גנים ובשערי בינה שער י"ז אות י"ב ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סי' י"ג מ"ש בד' הש"ך אי שבועת היסת צריכה נק"ח והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף כ (יט) **ויאיימו** עליו כו'. עי' בשערי תשובה לרבינו יונה שכ' דאם חייבו ב"ד שבועה לאדם והוא יודע אשר פיו דבר שוא אסור לקבל עליו לומר אנכי אשבע למען הפחד חבירו אע"פ שאין בלבבו להשבע וע"ז נאמר לא תשא שמע שוא כו' והובא דבריו בתרומת הכרי יעוש"ה:

(כ) **העומדים** שם אומרים סורו נא כו'. וכ' הסמ"ע בס"ק ס"א דמשמע על הנשבע ועל המשביעו כו' ועי' במחנה לוי בשבועות מ"ח ב' שהק' כיון דאנן קי"ל כנסכא דר"א א"כ איצטריך האי דבין שניהם להאי דתני ר' אמי בין שניהם ולא בין היורשין וא"כ מנלן תו למילף הך ילפותא דשמעון בן טרפון והאריך בזה ליישב ועי' בתומים בסי' ל"ב ס"ק י' ובשערי

ובשערי בינה בפתיחה אות ב' ובס' נחל ילחק בס"ק י"ד מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף כה (כא) **בהג"ה** דבר באתננה כו' חייב לשבע. בש"ך בס"ק נ"ח כ' דאס נדר לא"א דבר באתתנה אין כאן שבועה דהא קם לי' בדרבה מיני' וכ' הקלה"ח בס"ק כ"ג דאס תובעת אמשין אתנן ואמשין דהלואה ומודה בכ' דאתנן דחייב לשבע על אמשין דהלואה ואע"ג דכ' דאתננה א"ל לשלם דהא קלב"ס מ"מ כיון דחייב הוא לשלם כו' אבל אי תפס לא מפקינן מיני' א"כ הוי כמודה בחיוב גמור כו' אבל מודה מקלת הוי ואין זה כמו מודה בשאר חיובי דחייב לצ"ש דודאי אין בו משום מודה מקלת כיון דאינו חייב בד"א משום דקלב"ס חיוב גמור וחייב אפי' בד"א ומש"ה מהני תפיסה בזה אע"ג דהיכא דחייב לצ"ש לא מהני תפיסה עכ"ד. הנה סברתו כיון דמהני תפיסה ותפיסה הוא דבר קל לתפוס הוי כמו ממון ממש ומש"ה הוי מודה מקלת לחייב שבועה על כ' דהלואה והיינו כמ"ש הכ"מ בפכ"א מהל' עדות הל' ד' ליישב ד' הרמב"ם שם שפ' בהעידו על פ' שהפיל שן עבדו כו' משלמין לאדון דמי העבד ודמי עינו והראב"ד השיגו דהא האדון אינו משלם אלא אם תפס העבד וא"כ העדים למה משלמין ותי' הכ"מ דמש"ה משלמין שהרי הפסידוהו שאפי' יתפוס לא יועילהו ודבר קרוב הוא לתפוס עכ"ל. וכה"ג כ' השימקו"ב בב"מ ל"ז ב' ד"ה ביום כו' ליישב קושי' התו' שם שהק' לרב ושמואל דל"ל משואיל"מ א"כ מודה מקלת אמאי חייב שבועה יהא נאמן במגו דאי בעי אמר אמשין לא ידענא ותי' בשם הרא"ש דירא לטעון כן שמא יתפוס שכנגדו ותפיסה הוא דבר קל לתפוס עכ"ד. הרי דס"ל כיון דמהני תפיסה הוי כמו ממון ממש לענין עדים זוממין ולענין דלא מהימן במגו ומש"ה ס"ל להקלה"ח דהוי נמי כממון ממש לענין מודה מקלת דחייב לשבע על כ' דהלואה. אבל בלצ"ש כיון דלא מהני תפיסה לא הוי מודה מקלת. ולפמ"ש לעיל בסי' כ"ח ס"ק ו' דיכול המוחזק לומר קים לי כהפוס' דמהני תפיסה בלצ"ש והארכתי בזה יעוש"ה א"כ אף בחיוב לצ"ש נמי הוי מודה מקלת כיון דמהני תפיסה דיכול לומר קים לי א"כ הוי כמו בקלב"ס לדעת הקלה"ח הנ"ל ועי' בכנה"ג שכ' דבדבר שאין מתחייב בה אלא לצ"ש אם כופר בה אינו מתחייב שבועה הובא דבריו בתרומות הכרי בסי' א' ול"ל דהכנה"ג כ"כ לדעת הפוס' דס"ל דבלצ"ש לא מהני תפיסה אבל לפמ"ש דמהני תפיסה דיכול לומר קים לי א"כ מתחייב שבועה בכופר בדבר שאין בה חיוב אלא לצ"ש כמו בקלב"ס לדעת הקלה"ח הנ"ל וכן עיקר לדינא. ועי' בתרומות הכרי שם מה שרולה להוכיח מד' רש"י בקידושין ס"ה ב' ד"ה הודאת בע"ד כו' דלא כהכנה"ג ואח"כ דחה זה ומחלק ועי' בשערי תורה ח"א כלל ב' פרט ג' מ"ש על ד' הקלה"ח הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף כו (כב) **אלא** קנס אינו נשבע היסת. עי' בס' משנת דר"א במהדורא קו"ב שכ' דאס ע"א מעיד בקנס והוא כופר דחייב שד"א ואס אינו רולה לשבע או שא"ל חייב לשלם דמקרי אשר ירשיעון אלקים דרחמנא הימני' לחד שהדא כבי תרי כ"ז שאינו נשבע נגדו וזו היא כל עיקר חיוב תשלומין בנסכא דר"א כמסקנת התוספת והרמב"ן בפ' חזה"ב והר"ן בפ' כה"כ. ומ"ש התוס' בב"ק מ"א ב' והרשב"א והה"מ בפ"ג מגניבה א"ש רק לתי' ר"י גבי נסכא כו' עכ"ד. וכן ראיתי בסוף הס' שם שכ' כן והאריך בזה יעוש"ה ובאמת מבואר להדיא בירושלמי בשבועות פ"ו הל' ה' דאין נשבעין שבועת ע"א על הקנס שהק' שם על הא דקאמר כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון ע"א זוקק לשבועה והרי שנים מחייבין אותו קנס שנייא היא שאין נשבעין בקנס עכ"ל הירושלמי והובא ברא"ש ובר"ן שם. הרי מבואר להדיא שאין נשבעין שבועת ע"א בקנס ולא ראה המשנת דר"א הנ"ל ד' הירושלמי אלו ועכל"ל דאף לתי' הריב"ס והרמב"ן והר"ן הנ"ל אינו מחייב ע"א שבועה בקנס משום דחשיב מרשיע א"ע כ"ז שאין הב"ד מחייבין אותו ועי' לעיל בסימן א' ס"ק י"ב מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. וכן עיקר לדינא דאף שבועת ע"א אינו נשבע על הקנס ודלא כהמשנת דר"א הנ"ל :

סעיף כז (כג) **נשבעתי** כו' נאמן. בטור כ' בשם רב האי דדוקא בשבועה דרבנן נפטר כשאמר נשבעתי כו' אבל לא בשבועה דאורייתא והובא דבריו בש"ך בס"ק ס"ה ועי' בקלה"ח בס"ק כ"ה ובסי' ל"א ס"ק ז' שכ' דטעמא של רב האי הוא משום דחיוב שבועה הוי דבר הגורס לממון כו' ומש"ה אין נשבעין שבועת התורה אבל שבועת היסת אפי' על שטרות נשבעין וה"ה דנשבעין על דבר הגורס לממון עכ"ד. ובאמת בבעל העיטור בדיני חוב ע"פ השיג על רב האי וז"ל ותמיה לי אין ב"ד משביעין שבועה אלא על ממון עכ"ל. וכוונתו משום דהוי דבר הגורס לממון ואין נשבעין אפי' היסת אלא על כפירת ממון וא"כ ל"ל כהקלה"ח דטעמא של רב האי הוא משום דס"ל דשבועת היסת נשבעין אף על דבר הגורס לממון דהא הבעל העיטור השיג מטעם זה על רב האי ול"ל לד' הקלה"ח הנ"ל דבזה הסברא פליגי רב האי עם בעל העיטור וזהו דוחק. לכן נ' דעיקר הטעם של רב האי הוא כמ"ש בשעהמ"ש בס"ק כ' דכיון דבשד"א נחתינן לנכסי' אם אינו רולה לשבע כו' א"כ כופר הנתבע בממון גמור כו' דהא לפ"ד התובע חייב לו ממון גמור כו' ואפשר דאף בעל העיטור לא תמה על רב האי אלא משום דאזיל לטעמי' דס"ל כמר בר רב אשי דאף ש"ד מהפכינן כו'. אך לדידן דקי"ל ש"ד לא מהפכינן סברת רב האי נכונה עכ"ד. והוליד מזה ב' דינים יעוש"ה וכן ראיתי בס' נחל ילחק בס"ק ע"ז שכ' כן דזהו טעמי' של רב האי ומיישב בזה שלא תקשי לרב האי משבועות מ"א א' כו' דאמאי לא קאמר נפ"מ לענין אם אמר נשבעתי כו' והאריך בזה :

סעיף כט (כד) **ומשלם** לו זה כו'. עי' בתרומות הכרי שכ' להסתפק בהלואה אחר הלואה דמלרפי אם כבר נשבע להכחיש העד של הלואה ראשונה ואח"כ בא העד השני על הלואה השני' מהו שילטרך לשלם או לשבע להכחיש גם העד השני והניח בל"ע ועי' לעיל בסי' ל' בדברי משפט בס"ק ב' ובחידושי הרי"מ בסי' ל"ד ס"ק ל"ה שכ' בפשיטות דא"י להלטרף עד הראשון עם העד השני ועי' בשעהמ"ש שם בסימן ל' ס"ק ה' מה שהשיג על הזכרון יוסף בזה ועי' מ"ש שם בס"ק ו' יעוש"ה :

סעיף ל (כה) **ונאמן** במגו שלא תפסתי. עי' בשערי בינה שער א' אות ב' שהניח בל"ע בדין זה אם מהני אם חזר ותפס השני אפי' בעדים וכן בהא דסי' ל' בש"ך ס"ק כ"ב אם מהני לי' להמערער כשתופס בעדים יעוש"ה :

סעיף לט (כו) **בהג"ה** דינו כבשאר תביעות ממון כו' עי' בקלה"ח בס"ק ל"ב שכ' דאפי' בממון דנתחייב מדבריהם נמי שייך ש"ד והביא ראיות והאריך בזה ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק י"ג שיישבתי בד' הקלה"ח אלו קושי' הגו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ג על הרמב"ם דס"ל דעדות שבשטר דרבנן ואפי"ה פ' בהוליא עליו שט"ח בע"א דה"ל משואיל"מ יעוש"ה. ואין כאן מ"ל בזה ואי"ה במקום אחר אבאר זה באריכות :

סימן פח

סעיף א (א) **ותהי'** הכפירה כו'. ברמב"ם בפ"ג מהל' טוען הל' ב' כ' וז"ל ולפי שזה שהלריכו להיות כפירה

כפירת הטענה שתי כסף היא מדבריהם עשו אותה כו' עכ"ל. והנה המ"מ דהא מקראי ילפינן לה כו' ועי' בלח"מ שם ובתומים בס"ק א' ובחידושי הרי"מ ס"ק ה' מ"ש ליישב ד' הרמב"ם אבל באמת העיקר בכונת הרמב"ם כמ"ש בשערי בינה שער ה' אות ד' דהרמב"ם לשיטתי' בפ"ג מהל' אישות דין כ' דכ' דקידושי כסף של דבריהם וכבר הסכימו כו' בדעת הרמב"ם דכל דבר שאינו מפורש בתורה רק חז"ל למדו באחד מהי"ג מדות קרי לי' הרמב"ם של דבריהם לענין דלא יבוא במנין המצות אבל מ"מ דאורייתא הוא. והרמב"ם רוצה ליישב בזה אמאי לא בעינן שקל הקודש כמו באונס ומוציא ש"ר כו' ע"ז כ' הרמב"ם ליישב דהיינו דוקא אם הכסף כתוב בתורה להדיא כאונס ומוציא ש"ר אבל הכא הכסף אין כתוב בתורה להדיא רק מהקישא דכלים ילפינן ב' מש"ה לא גמרינן מכתוב המפורש בתורה עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה ודבריו נכונים. וזהו דלא כהתומים שכ' בדעת הרמב"ם דס"ל דשתי כסף לא הוי אלא מדרבנן וכן השיג בחידושי הרי"מ על התומים:

(ב) **ופרוטה**. עי' בשעהמ"ש בס"ק א' שכ' דהיכא דכופר הכל ועדים מעידים שחייב לו פרוטה דבעינן נמי כפירת שתי מעין כו' והביא ד' השערי רב אלפס בסוף שער ו' דמדמי העדאת עדים לשבועת ע"א דא"ל שתי כסף וכ' דאולי ט"ס יש בדבריו ולדינא העיקר כמ"ש עכ"ד. ועי' בשערי בינה שם אות כ"ב שכ' דט"ס הוא בד' השערי רב אלפס וצ"ל והתשלומים והשבועה כו' ור"ל תשלומים עפ"י ב' עדים ושבועה עפ"י ע"א ופי' דבהעדאת עדים צריך שתי כסף כמו בהודאת פיו וכן עיקר לדינא ועי' לעיל בסי' ע"ה ס"ק ו' מ"ש בזה יעוש"ה:

(ג) **כיון** שאין בכפירה שתי מעין. עי' בשעהמ"ש בס"ק ג' מ"ש לענין כפירה שהיא פחות מב' מעין אי מגלגלין על שבועה אחרת כו' והביא רא"י מד' התוס' ב"ק ק"ג א' דאין מגלגלין ועי' בבית יהודא ובס' נחל יצחק בס"ק א' שהשיגו עליו והביאו רא"י מקידושין כ"ח ומד' התוס' ב"ק ס"ג א' ד"ה נ"ל כו' דמגלגלין ודחה הבית יהודא רא"י השעהמ"ש ועי' עוד בבית יהודא מה שהשיג על השעהמ"ש בס"ק ב' לענין אם הודה בפרוטה וכפר בפרוטה ועל השאר או' א"י והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ג (ד) י' **מחטין** בפרוטה כו'. בתומים בס"ק ג' כ' דאינו יכול לקדש אשה בכלי פחות משוה פרוטה ובאמת הרשב"א בחידושיו בריש פ' שבועת הדיינים נסתפק בדין זה אי מהני כלי בקידושין פחות מש"פ יעוש"ה ולא ראה התומים ד' הרשב"א אלו שהרי לא הביאם ועי' בקצה"ח בס"ק ג' שדחה ד' הרשב"א מהא דריש קידושין דקאמר הגמ' חליפין אתנייהו בפחות מש"פ ואשה בפחות מש"פ לא מקניא נפשה כו' וחליפין כלי בעי ומוכח דלא מהני כלי פחות מש"פ בקידושין וכן בפ"ק דקידושין כו' כשם שאין האשה נקנית בפחות מש"פ כך אין הקרקע נקנית כו' א"ל כי תניא ההיא לענין חליפין כו' הרי מבואר דאפי' כלי לא מהני אלא בש"פ בתורת כסף ודוקא לענין שבועה כו' אבל לשאר דוכתי לא עכ"ד. ובנתיבות בס"ק א' השיג על הקצה"ח וכ' דהא בק"ס מהני אפי' תפס מקצת הכלי כו' ומקצת כלי ודאי לא חשיב לענין הודאה וקידושי אשה ועוד דאפי' בהמה כו' וכן מטבע לחד מ"ד אלמא דל"ד כלי דק"ס לכלי דהודאה וקידושי אשה דשם בעינן כלי חשוב דוקא עכ"ד. ולא ראה ד' הרשב"א דשבועות הנ"ל שכ' שם להדיא וכמו שקונין בכלי כו' ואפשר דקנין משום כסף הוא ואת"ל דקנין לאו משום כסף הוא וכן שאין אשה מתקדשת בכלי שאין בו ש"פ הכא שאני שהוציאן הכתוב למה שהן עכ"ל. הרי מבואר להדיא מד' הרשב"א דאינו מחלק בין כלי דקידושין לקנין חליפין וכן ראיתי בחידושי הרי"מ בס"ק ט' שהשיג על הנתיבות מד' הרשב"א אלו ועי' במשובב נתיבות מה שהשיג על הנתיבות ומ"מ העיקר לדינא דאין האשה מתקדשת בכלי פחות מש"פ וכמ"ש התומים בפשיטות והקצה"ח הנ"ל וכ"כ בחידושי הרי"מ שם וכ' דגם הרשב"א עצמו סובר במסקנא דאין קידושי אשה בכלי פחות מש"פ והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ד (ה) **וע"א** מכחישו כו' אלא בפרוטה חייב. בתומים בס"ק ב' הק' על התוס' ב"מ ג' א' ד"ה מפני כו' שכ' דאיצטריך ע"א לענין אם טענו בספק עפ"י העד כו' אמאי לא תי' בפשוט דאיצטריך היכא דליכא שתי כסף דבע"א מ"מ זוקק לשבועה אבל לא בכופר הכל כו' עכקוש"י. ובאמת כבר הק' קושי' זו בשימקו"ב שם בשם הרמב"ן ועי' בשערי בינה שער ו' אות כ"ג ובספר מעין גנים ובהגהות חכמת שלמה ובספר יד התלמוד בב"ק ע"ה ב' במפרשי הים שם אות ל"ו מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ו (ו) **שבועת** היסת נמי כו' על ש"פ. בטור הביא בשם הר"ר ישעיה דגם בשבועת היסת בעינן שתי כסף וכן הוא דעת הר"ן והמפרשים וכן הוא דעת הריטב"א שהביא הסמ"ע לעיל בסימן ע"ה ס"ק מ"ד ועי' בקצה"ח ס"ק ה' שהק' על זה מדברי הירושלמי שהביאו התוס' בקידושין מ"ג ב' כו' ועי' בבית יהודא מ"ש ליישב והאריך בזה ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק י"ח מ"ש בזה והביא ראיה מדברי רש"י והתוספות בב"מ כ"ו ב' גבי ראה סלע שנפל משנים כו' דס"ל דלא בעי בהיסת שתי כסף יעוש"ה:

סעיף ז' (ז) **בלתך** קטניות פטור. וכתב הש"ך בס"ק ז' דיין וחומץ מין אחד הם לענין הודאה כן הוא ברשב"ם כו' ובתומים בס"ק ד' השיג עליו וכ' די"ל דהרשב"ם לא כ"כ רק לס"ד דאף לענין מקח וממכר אחד כו' אבל לפי המסקנא דדוקא לענין תרומה אבל לפי דעת ב"א הם ב' מינים ה"ה לענין מין הטענה אזלינן בתר לשון וכי בלשון תורה אין קטניות בכלל תבואה רק בלשון ב"א אינו בכלל לא הוי מין הטענה עכ"ד והניח דין זה בצ"ע. ודבריו תמוהין דודאי בלשון תורה נמי אין קטניות בכלל תבואה דהא כתיב עשר תעשר את כל תבואת זרעך והינו חייב במעשר רק חמשת מיני דגן וקטניות פטור ממעשר וכן מוכח בש"ס בנדרים נ"ה א' אמר ר' יוחנן הכל מודים בנודר מן התבואה שאינו אסור אלא מחמשת המינין כו' מתיב ר"י וכפרוץ הדבר הרבו ב"י ראשית דגן תירוש ויצהר וכל תבואת השדה כו' יעוש"ה ולהתומים מפי' הא בנדרים אזלינן בתר לשון ב"א ובלשון תורה קטניות נמי בכלל תבואה א"ו אף בלשון תורה אין קטניות בכלל תבואה וכן השיג על התומים חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל אב"ד דסטמייטין:

סעיף יב (ח) **דחשיב** כאלו הודה. בנתיבות בס"ק ג' כ' וז"ל וא"ל מדברי התוספות בכתובות פ"ט כו' שהק' הא יתחייב שאר וכסות ותי' דהוי כטענו חיטים והודה לו בשעורים אף דיכול לבוא עליו מכח ממ"נ וכ' דכיון דאמרה גרשתני הרי מפקעת עצמה ממעשה ידי' ג"כ ואין לך אמרה איני ניזונית ואיני עושה גדולה מזו דא"י לחזור כמבואר באה"ע סימן ס"ט עכ"ד. ובאמת מבואר להדיא בתוספות בכתובות מ"ז ב' ד"ה זימנין כו' ופ"ג א' ד"ה כדרב כהנא ובב"ב מ"ט ב' ד"ה יכולה כו' דס"ל דיכולה לחזור יעוש"ה וכן השיג עליו חותני הגאון מ' יצחק צבי ז"ל. ועי' בבית יעקב באה"ע שם מ"ש בזה ועי' בקצה"ח בס"ק ט' מ"ש ליישב קושיית הש"ך בס"ק ט"ז והאריך בענין תרי הודאות דסתרי אהדדי. ועי' בתרומת הכרי ובס' משנת דר"א ובשערי תורה ח"א כלל ב' ובתשובות חן בסוף הספר בחידושי הלכה בסוגיא דרב"נ ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סימן ט"ו ט"ז י"ז מ"ש והאריכו הרבה בזה יעוש"ה:

סעיף יז (ט) **נשבע** היסת שא"י ומשלם לו שעורין. עי' ש"ך ס"ק ל"ה מ"ש ליישב קושיית הראשונים שהקשו על הרמב"ם מש"פ המניח דקאמר הגמרא אלא דקאמר

ניזק

ניזק ברי ומזיק שמא אכתי להוי תיובתא דרב"ג כו' והאריך בזה. ועי' בתומים ס"ק י"ג ובקצה"ח ס"ק ע"ז ובנתיבות ס"ק ז' ובשעהמ"ש בס"ק י' ובבית יהודא ובדברי משפט בחידושים שבסוף הספר ובמעין גנים ובשערי תורה שם ובתשואת חן שם מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף כח (י) **אלא** משלם חמשים שהודה כו'. עי' בש"ך בס"ק מ"ח שהק' דאמאי א"נ הלוה במגו דהיה כופר הכע"פ והיה מודה מה שבשטר דאף נגד שטר אמרינן מגו כו' ועי' לעיל בסימן פ"ב בכללי מגו סי' ח' מ"ש לענין מגו נגד השטר יעוש"ה ועי' בספר נחל יצחק בס"ק ו' מ"ש בזה :

(יא) **הרי** הוא כהודה ע"פ. בסמ"ע בס"ק נ"ג הביא דברי הטור שכתב בשם התוס' והרא"ש לפ"מ דקי"ל שע"ד אפילו במודה מקצת במלוה ע"פ אינו חייב לשבע ש"ד אם לא שאין לו קרקעות בנ"ח או שמחל להלוה שעבוד קרקעות כו' ועי' בש"ך בס"ק נ'. והק' בספר מעין גנים דאמאי הק' התוספות בב"מ ד' ב' דלמ"ד שע"ד אמאי חייב שד"א ולא הק' אף אי אמרינן שלא"ד כיון דב"ח מ"מ משתעבדי ואפילו מגלימא דעל כתפי' מה"ת. והתוספות ס"ל דאף באין לו רק בנ"ח הוי ש"ק וא"כ מודה מקצת היכי משכחת לה דחייב שד"א דא"ל דס"ל כסברת התומים כיון דיכול להבריח ולמכור הקרקעות כו' דא"כ לפ"ז לא הו"ל להתוספות לתרץ דמיירי דאית לי' משעבדי ול"ל בנ"ח והא א"ש אף דאית לי' בנ"ח כיון שחכמים הפקיעו השעבוד כו' והוי כאלו מחל לו השעבוד מהלקוחות א"כ אף הב"ח לא מקרי שעבוד כיון דיכול למוכרם כל שעה כמו למ"ד שלא"ד וכמ"ש התומים וא"כ ממ"נ קשה על התוספות ומשמע מהט"ז שכתב דבריו לדעת התוס' ומד' התוספות מבואר להיפוך עכקוש"י. ובאמת לק"מ די"ל כמ"ש בתרומת הכרי דודאי סברת התוספות דאפילו היכא דאין לו כח לגבות ממשעבדי הוי נמי ש"ק אבל היינו דוקא למ"ד שע"ד אבל למ"ד שעלא"ד כל שאין לו כה לגבות ממשעבדי אלא מבנ"ח לאו ש"ק מקרי וטעמא דמלתא דלמ"ד שע"ד חל השעבוד על גוף הנכסים ואף דלא מצי גבי ממשעבדי במלוה ע"פ משום תק"ח מ"מ מיני' דידי' מיהא גבי מתורת שעבוד וכיון דהם משועבדים המלוה ה"ל כתובעו קרקע לי בידך והלה מודה מקצת אבל למ"ד שלא"ד אף דמיני' דידי' גובה לאו מתורת שעבוד הוא אלא משום פריעת בע"ח מצוה דכייפינן לי' כדרך שכופין בשאר מצות עשה כו'. לכך היכא דא"ג אלא מב"ח לאו ש"ק הוא דאין זה כתובע קרקע בידך שהרי אין לו על הנכסים שום דררא רק על הקרקפתא דגברא מוגח השעבוד לקיים מ"ע של פריעת בע"ח מצוה לכך מתחלת דבריהם לא הי' יכולים להקשות למ"ד שאל"ד דאליבי' כל שאין בכחו לגבות ממשעבדי לאו ש"ק הוא אבל לבסוף דקיימי אליבא דר"י דס"ל שע"ד הוצרכו לומר דאיירי דאין לו בנ"ח דאל"כ אף ביש עליו עדים פטור דנהי דמלוה ע"פ הוא והוי כמחל לו השעבוד של לקוחות כו' מיהו מיני' דידי' גובה מתורת שעבוד וכל שגובה מהורת שעבוד שפיר הוי ש"ק אף היכא דאין לו כח לטרוף מהלקוחות עכ"ד והאריך בזה ודבריו נכונים. וכן ראיתי בשערי בינה שער ל' אות ג' שכתב כהתרומת הכרי יעוש"ה ומיושב קושי' המעין גנים הנ"ל ועי' בט"ז מה שהקשה על התוספות הנ"ל מב"ב קכ"ח ב' כו' וכתב דנתגלה לו בחלומו תי' על קושיא זאת כו' ועי' בשערי בינה שם מה שהשיג עליו מדברי התוס' דב"ב הנ"ל ומדברי הרא"ש בפ' שה"פ ומדברי הרמב"ן שם ומ"ש ליישב קושי' הט"ז ועי' בחמדת שלמה בחידושיו לב"מ שם מ"ש ליישב קושי' הט"ז. ובעיקר דברי התוספות והרא"ש בפ' שה"פ והרמב"ן שם עי' בתומים ס"ק י"ז י"ח ובתרומת הכרי ובשערי בינה שם ובשער ה' אות י"ט ובנו"כ מהדו"ת חחו"מ סימן כ"ח ובתוספות רע"א במשניות בשבועות אות ל"ו ובמעיני החכמה בב"מ שם ובמהד"ב שם

ובספר היד החזקה סימן כ"ג ובספר נחל יצחק בסימן כ"א מ"ש והאריכו הרבה בזה יעוש"ה :

סעיף לב (יב) **דאם** הולה הי' או' שניה. בשעהמ"ש בס"ק ע"ז כתב דה"ה אם מודה בשלש ועל המותר אמר א"י כו' מ"מ ל"א דהוי משואיל"מ אלא כיון דאם היה כופר בברי היה פטור מש"ד ה"ה כשטוען א"י ל"א דהוי משואיל"מ עכ"ד. ועי' בבית יהודא שהשיג עליו ופי' דהוי משואיל"מ בכה"ג יעוש"ה :

(יג) **או** לאביך בידי. עי' בש"ך ס"ק נ"ה מה שהביא בשם רב האי גאון ועי' בתומים בס"ק כ"א ובנתיבות בס"ק י"א ובבית יעקב בכתובות י"ח א' ובשערי בינה שער ע"ו מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(יד) **ופרעתיך** מחצה. בקצה"ח בס"ק כ"ד הקשה בהא דכתובות י"ח א' גבי וליתני מודה ר"י באו' לחבירו מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס שהוא נאמן וקאמר הגמרא אליבא דמאן אי אליבא דרבנן הא אמרי משיב אבידה הוי וכתבו התוספות כו' וא"כ לא מצי למתני ואם יש עדים א"כ דלעולם נאמן במגו כו' וקשה דמי לא משכחת דעדים מעידים שלא פרע כגון שלא זזה ידם מתוך ידו או בתו"ז עכקוש"י ונדחק ליישב. ובאמת לק"מ דבשלמא השתא אשמועינן דאם יש עדים שהיתה של אביו והוא או' לקחתי' הימנו א"כ אע"ג שאין העדים מכחישים אותו כיון דל"ל מגו והוי רבותא אבל אי מיירי דעדים מעידים שלא פרע מאי קמ"ל דא"כ לומר פרעתי פשיטא דא"כ להכחיש את העדים וגם בתו"ז נמי י"ל דפשיטא לי' לתנא דא"כ דאא"פ בתו"ז ולא הוי שום רבותא ולק"מ קושי' הקצה"ח הנ"ל וכן תירץ חותני הגאון מ' יצחק נבי ז"ל :

—⁂—

סימן פט

סעיף א (א) **ואלו** נשבעין ונוטלין כו'. עי' בקצה"ח בס"ק א' שהביא דברי הש"ך בספרו ת"כ שכ' דכל הנשבעין ונוטלין כו' אם הנתבע אינו רוצה לשלם אין יורדין לנכסיו משום דה"ל כמו גזל דדבריהם וגזל מציאת חש"ו כו' והקצה"ח השיג עליו וכ' דגבי מציאת חש"ו גוף הגזילה לא הוי אלא מדרבנן אבל הכא גוף הגזילה הוי מדאורייתא כו' כעין דאורייתא תקון ויורדין לנכסיו וכמה תקנות מדבריהם ויורדין לנכסיו וכגון משיכה והגבהה כו' יורדין לנכסיו וה"ה הכא דהפקר ב"ד הפקר כו' ולכן נ' דודאי יורדין בכל הני לנכסיו עכ"ד ועי' בבית יהודא שהשיג עליו ופי' כהש"ך ומ"ש לדחות ראי' הקצה"ח מקנין משיכה והגבהה די"ל דהתם באמת אין יורדין לנכסיו לא ראה דברי הרדב"ז בתשובה ח"א סי' תק"ג שכתב להדיא דבמילי דרבנן במה שהוא מדעתו כגון במשא ומתן וקניינים אף דהוי רק מדרבנן בזה נחתינן ג"כ לנכסיו כאלו הוא מדין תורה ממש יעוש"ה. הרי להדיא כהקצה"ח ועי' בספר נחל יצחק בס"ק ג' ובסימן ל"ט בשעבודא דאורייתא סימן ג' ענף א' מ"ש על הקצה"ח :

(ב) **השביר** כו'. עי' בש"ך ס"ק א' מ"ש לענין אם השכיר יכול להפך השבועה על הבעה"ב כו' ועי' בשעהמ"ש בס"ק א' ובס' משנת דר"א ובשערי בינה שער כ' דין א' אות ב' ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סימן כ' מ"ש והאריכו בזה; עוד כתב הש"ך דכ"ז אם טוען פרעתיך בודאי אבל אם טוען א"י אם פרעתי פשיטא שחייב לשלם לשכיר כו' ועי' בשעהמ"ש שם שכתב יש להסתפק בעבר זמנו אם הדין כן כו' והניח בצ"ע ועי' בספר נחל יצחק בס"ק א' שהוכיח מהירושלמי בשבועות פ"ז הל' א' דחייב אף בעבר זמנו והאריך בזה :

סעי' ב' (ג) **אפילו** היה שכרו פרוטה כו'. עי' בב"י ובש"ך ס"ק ב' ובט"ז מ"ש ליישב דברי הרמב"ם

הרמב"ם והטור דסותרים זא"ז ועי' בתומים בס"ק א' ובשעהמ"ש בס"ק ב' ובחכם צבי סי' קכ"ה ובשערי בינה שער כ' דין א' אות ה' ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סימן כ"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעי' ג' (ד) **אבל** אם לא הי' שם שני עדים כו' . ודעת הר"ר ישעי' שהביא הטור הוא דהשכיר נשבע ונוטל ודעת הרמ"ה בטור והוא דעת הי"א שהביא הרמ"א דהבעה"ב נשבע ס"ד ועי' בשערי בינה שם אות ח' שכתב דזהו פלוגתייהו דהרמ"ה והר"ר ישעי' דהרמ"ה ס"ל כתי' ר"י בתוס' ב"ב ל"ד א' גבי נסכא דר"א כו' והכא בלא"ה הוי מגו דלא שכרתיך מגו דהעזה כו' מש"ה נאמן במגו זו להכחיש את העד והר"ר ישעי' ס"ל כתי' ריב"ם שם כו' א"כ להר"ר ישעי' גם אם העד מכחיש להבעה"ב גם בפרעון הוי ג"כ השכיר נשבע ונוטל דזהו ההפרש בין תי' ר"י לתי' ריב"ם . דלתי' ר"י אם היה העד גבי נסכא דר"א מכחיש את החוטף גם בטענתו דהשתא שטוען דידי חטפי והעד מעיד שהוא של הנחטף שפיר מפטר החוטף בשד"א כו' כיון דהשתא נמי מעיז הוי מגו דלא חטפתי מעליא משא"כ לתי' ריב"ם כו' הוי כאלו ב' מעידים שהטף עכ"ד ומיים בזה קושי' המרא"ה כהן על התוספות כתובות כ"ח א' ד"ה קיים כו' והאריך הרבה בזה יעוש"ה . והנה הוא כ"כ מוסברת עלמו ובאמת מבואר כן להדיא בריב"ש סימן של"ב דזהו ההפרש בין תי' ר"י לתי' ריב"ם לענין אם העד מכחיש על טענתו דהשתא יעוש"ה ועי' בתומים בס"ק ט' ובפ"י בב"מ קי"ב ד"ה שכיר כו' ובספר מנחת הבקר שם ובמחנה לוי בשבועות מ"ה ב' ד"ה קרי כו' ובס' חמדת צבי שם ובס' מנחת אהרן בסוף הס' בקונטרס מנחה בלולה מ"ש בד' הר"ר ישעי' והאריכו בזה :

(ה) **ואם** הודה מקלת כו' . להפוקי מדעת הר"ר ישעי' שהביא הטור והובא דבריו בסמ"ע ס"ק ט' עי' בנתיבות בס"ק ז' שהק' במודה מקלת והוא חשוד אמאי א"כ במגו דאי בעי כופר הכל כו' ועכל"ל דשאני בחשוד בש"ד כיון דהממון מכח שבועה קאתי ול"א לפטרו מממון שבא מכח השבועה עכ"ד . ועי' בעטרת חכמים בחידושיו לשבועות בריש פ' כל הנשבעין מ"ה ב' מ"ש ליישב קושיא זו הבאתי דבריו לעיל בסימן פ"ז ס"ק י"ד יעוש"ה ועי' בחמדת שלמה חחו"מ סימן ו' מ"ש והאריך בזה ועי' בתומים בס"ק ט' ובחמדת שלמה שם סימן ז' ובשערי בינה שם ובבית שמואל אחרון חחו"מ סימן ס"ח ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סימן כ"ג מ"ש בזה יעוש"ה :

(ו) **שכיר** יום כל הלילה . עי' בש"ך ס"ק ח' שכתב דכיון דבעיקר דינא דפליגי רב ושמואל קי"ל כרב א"כ ה"ה הכא והביא דברי הרא"ש בפ' שור שנגח ד' וה' גבי שור המועד וכה"ג כ' הרא"ש בנדרים פ"ח ב' ד"ה אלא אמר ר"א כו' יעוש"ה :

סעיף ה (ז) **נשבע** בנק"ח ונוטל . עי' בש"ך בס"ק י' שהק' על הגאונים דס"ל גבי משכון לעיל בסימן ע"ב סעיף י"ז דנשבע בנק"ח מהא דאמרינן כ"ז שטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה כו' אלמא דנוטל בלא שבועה כו' והאריך בזה ליישב וכ' דה"ה בכל הנשבעין ונוטלין כו' אם מוחזקים ויש להם מגו נוטלין בל"ש בנק"ח ואין נשבעין רק היסת כו' ועי' בתומים ס"ק ע"ז ובקלה"ח ס"ק ו' ובנתיבות ס"ק י"א ובשעהמ"ש ס"ק ט' ובדברי משפט ס"ק א' ובנו"ב מהדו"ת חחו"מ סימן י"ט ובשעה"מ בפ"ד מהל' גזילה הלכה י"א ובבית שמואל אחרון בסימן ס"ז ובשערי בינה שם אות כ"א ובמעין גנים ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סימן כ"ז ובמעיני החכמה בב"מ בסוף הספר בחידושים לב"ב מ"ה א' ד"ה אבל כו' ובספר מנחת הבקר שם קי"ב ב' ובספר נחל יצחק בסימן כ"ח ס"ק א' מ"ש והאריכו בזה ועי' לעיל בסי' ע"ב ס"ק כ"א מ"ש להשיג על הנתיבות בס"ק הנ"ל יעוש"ה :

סימן צ

סעיף א (א) **הנגזל** כילד כו' . עי' בש"ך בס"ק א' שהביא קושי' הלח"מ כיון דה"ל חשוד כו' ועי' בתומים בס"ק א' ובנתיבות ס"ק א' ובשעהמ"ש בס"ק א' ובשערי בינה שער כ' דין ב' אות א' ובדברי חיים בדיני טוען ונטען סימן כ"ח ובמעין גנים בסימן פ"ז מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(ב) **בעה"ב** נשבע ונוטל . עי' בדברי משפט בס"ק ב' שהביא קושי' הסימקו"ב בב"מ ה' א' גבי הא דאמרינן אם איתא לדר' חייא קמייתא משתבע כו' והא אף אי ליתא לדרה"ק מ"מ שכנגדו נשבע ונוטל דהא קי"ל כרבנן דאפי' בכו"ה תקנו חכמים תקנת נגזל כו' והאריך בד"מ ליישב קושיא זו ולפמ"ש הקלה"ח בס"ק ב' דע"כ ל"א נגזל נשבע ונוטל אלא במה שנעשה ספק לפני העדים כו' אבל אם בשעת מעשה ראו מה גזל ובעה"ב או' שגזל עוד ממנו קודם זה או אח"כ לא הוי ספק דרלא דמגונא אל העדים אלא ה' שעפ"י טענותיהם בזה ומש"ה בההוא רעיא דראו דאכל תרי מנייהו ותו לא אלא שזה אומר דאח"כ או קודם אכל עוד בזה לא שייך תקנת נגזל כו' עכ"ד וכ"כ הנתיבות בס"ק ב' וא"כ לק"מ קושי' הסימקו"ב הנ"ל :

סעיף ג (ג) **ה"ז** נשבע שלא גזל . עי' בסמ"ע ס"ק י"ג שכ' דל"ד לנסכא דר"א כו' משום שאף אם ראו שני עדים כו' מ"מ אין הבעה"ב נאמן להוציא מידו אם לא שישבע תחלה עכ"ד וכ"כ הש"ך בס"ק י"ג ועי' בט"ז ובנתיבות בס"ק ה' ובמעין גנים ובדברי חיים שם בסימן ל"א ובספר נחל יצחק בס"ק ב' ובט"ז לקמן בסי' שס"ד מ"ש בזה ועי' בשעהמ"ש בס"ק ד' שפי' פי' אחר בדברי הטור והאריך בזה :

סעיף ד (ד) **אבל** שכירו ולקיטו כו' . עיי בה"ה בפ"ד מהלכות גזילה הלכה ז' מה שתמה על הרמב"ם ותירץ דס"ל להרמב"ם דבספק תקנה לא מהני תפיסה ועי' בלח"מ שם ועי' לעיל בכללי תפיסה בסימן ה' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה ועי' במחנה לוי בשבועות מ"ו ב' מ"ש ב' אופנים ליישב דברי הרמב"ם והאריך בזה :

סעיף יב (ה) **במגו** דהחזרתי לך : וכ' הסמ"ע בס"ק מ' דמזה מוכח דס"ל דהגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים כו' ועי' ש"ך ס"ק כ"ה ועי' בתומים בס"ק י' שהק' דאמאי נאמן גזלן לטעון החזרתי והא הוי הוחזק כפרן לאותו ממון כו' וכן הק' הקלה"ח בסימן ע"ט ס"ק ה' ועי' בקלה"ח כאן בס"ק ו' ובשעהמ"ש בס"ק ט' ובדברי משפט בסימן ע"ט ס"ק ה' מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן ע"ט ס"ק ו' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

סעיף טו (ו) **וכן** אם חטף חפץ מחבירו כו' . וכתב הסמ"ע בס"ק מ"ג דמיירי בעדי ראיה דאל"כ נאמן לטעון שלי חטפתי במגו דהחזרתי לך כו' והוא מד' הרמב"ן בפ' חזה"ב והובא דבריו בר"ן בשבועות מ"ז ועי' בתומים בס"ק י"א מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן מ"ז בס"ק א' מ"ש ליישב קושי' המראות הצובאות באה"ע סימן י"ז סעיף כ"ד ס"ק פ"ט בהג"ה שהק' דברי הש"ך אהדדי מסימן ע"ה ס"ק מ"ג לסי' נ"ט ס"ק ו' כו' וכן קשה דברי הרמב"ן אהדדי והארכתי בזה ליישב יעוש"ה :

סימן צא

סעיף א (א) **בהג"ה** וי"א דוקא באם מת החנוני כו'. עי' בש"ך ס"ק י"ב שהוכיח כהרמב"ן והביא דברי הבעה"ת שער כ"ט ח"ב בשם הר"י אבן פלאט והאריך בזה ועי' בתומים בס"ק ג' שהשיג עליו והאריך בזה ועי' בשעהמ"ש בס"ק ג' ובבית יהודא ובס' משנת דר"א ובחידושי הרי"מ בס"ק ח' ובבית שמואל אחרון חחו"מ סימן ל' ובשמן רקח ח"א סימן ז' ובספר תשואת חן סימן ל"ח ובהגהות חכמת שלמה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ו (ב) **נשבע** בעה"ב הישת כו'. עי' בסמ"ע בס"ק כ"א שכ' ולא כהר"ן כו' ובש"ך בס"ק כ"ו חולק על הסמ"ע וכ' דליכא כאן פלוגתא כו' ועי' בנתיבות בס"ק ז' שכ' דאין כאן מחלוקת כו' והאריך בזה ועי' בדברי משפט ס"ק ב' ובבית יהודא ובתשובות בית אפרים חחו"מ סי' י"א מה שהשיגו על הנתיבות ועי' עוד בבית יהודא בסי' ע"ה סעיף י"ד ובסימן פ"ט סעיף ג' ובספר משנת דר"א ובחידושי הרי"מ בס"ק ט"ו מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ט (ג) **והולכתם** לתוך ביתך כו'. בש"ך בס"ק ל"ג האריך בזה ולבסוף כ' ולענין דינא של הרי"ף והרמב"ם בפירות לגבורים ומונחים בר"ה וכל אחד מהם טוען ברי כו' דין הוא דכל דאלים גבר אבל באמת ז"א דל"א כל דאלים גבר אלא היכא שאין חזקה לזה יותר מזה כגון בההיא ארבא כו' אבל בדבר שייך לומר חזקת מ"ק אע"פ שמונח עתה ברשות שאינו של שניהם כו' ולפי"ז כ' דאפילו חנוני טוען שמא ובעה"ב ברי נשבע החנוני הישת שא"י כו' וכדקי"ל בהמחליף דאפילו הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא מוקמינן בחמ"ק עכ"ל. הנה מ"ש הש"ך דבשמא ושמא ל"א כל דאלים גבר וכ"כ הש"ך בסימן קל"ט ס"ק ו' דבשמא ושמא ל"א כדא"ג ועי' בתומים שם בס"ק ב' ובאורים שם בס"ק ז' מ"ש בזה ועי' בשערי בינה שער י"ט אות ב' שהשיג על הש"ך וכ' דהכי' בשמא ושמא נמי אמרינן כל דאלים גבר והאריך בזה יעוש"ה. ומ"ש הש"ך דבדבר דשייך לומר חמ"ק מוקמינן אחזקת מ"ק עי' בקצה"ח בס"ק י' שהק' דהכא לא שייך חמ"ק כו' ואדרבא בעה"ב הוא המוחזק בדינר ועי' בנתיבות בס"ק ט' ובדברי משפט בס"ק ג' ובשערי בינה שער כ' דין ז' שיטה א' מ"ש ליישב קושיא זו והאריכו בזה יעוש"ה. עוד הק' הקצה"ח כיון שאינו ידוע שמכרם אלא עפ"י החנוני שמודה כו' אם כן להוי החנוני נאמן בדמים שתובע בעד הפירות במגו דלא מכרתים וע"ז היה החנוני נאמן וכתב ליישב עפ"ד הטור בשם הר"ר יונה בסימן ק"כ משום דהוי מגו להוציא כו' והאריך בזה:

ובאמת י"ל דמגו בעיקר המוחזק אמרינן וכן מצינו בסי' ע"א בסמ"ע ס"ק ה' ובש"ך ס"ק ד' שכ' לחלק כן לענין נאמנות דמגו בעיקר הנאמנות אמרינן ועי' בתוס' ב"ק ע"ב ב' ד"ה אין לך ובכתובות י"ח ב' ד"ה הרי אלו ויי"ט א' ד"ה חזקה ובהפלאה שם בתוס' ד"ה אימא כו' ובש"ך בסי' ק"ח ס"ק ז' ובקצה"ח בסי' ע"ח ס"ק ה' ובסי' ל"ז ס"ק י"א ובפ"י בגיטין י"ד א' בתוס' ד"ה ולא פש גבי' ובספר טור האבן בסי' ט"ו ובשעהמ"ש בסימן ע"ח ס"ק ח' מ"ש בזה. ועי' לעיל בסי' כ"ט ס"ק ד' ובסימן ע"ח ס"ק ה' ז' מ"ש בזה יעוש"ה. וא"כ ה"ה נמי די"ל כן לענין מגו להוציא וכן ראיתי בספר נחל יצחק בס"ק ד' שהשיג כן על הקצה"ח והאריך בזה. ומ"ש בכונת הש"ך עי' בשערי בינה שם מ"ש בכונת דברי הש"ך ועי' בנחל יצחק בסי' ל"ז ס"ק ה' מ"ש בזה ועי' לעיל בכללי מגו בסימן א' מ"ש בזה יעוש"ה ואכמ"ל בזה. עוד כ' הקצה"ח להשיג על הש"ך שכתב לענין דינא של התוס' והרא"ש דה"ה גבי חנוני כיון דאיכא המ"ק לא מהני רובא וס"ס והשיג עליו דדוקא נגד חזקת ממון שהוא עכשיו מוחזק בזה לא מהני רובא וס"ס אבל נגד חמ"ק שפיר מהני רובא וס"ס עכ"ד. ועי' לעיל בכללי תפיסה בסימן ג' ובסימן ל' ס"ק י' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ולענין דינא של הסמ"ג כ' הש"ך דל"ע כששניהם אדוקים בדינר אי אוקמא אחמ"ק דלא מצינו כן אלא בעומדת באגם כו' אבל לא בחצר של שניהם וכ"ש כששניהם אדוקים כו'. ובקצה"ח וכן בש"ש שמעתא ד' פי"ג י"ד השיגו על הש"ך וכ' דבחצר של שניהם וכן כששניהם אדוקים בו מוקמינן בחמ"ק והאריך בזה ועי' בשערי בינה שם שיטה ה' שהשיג נמי על הש"ך והאריך בזה והניח דין זה בצ"ע. ועי' בקונטרס הספיקות כלל א' אות ד' שכ' להכריע דבשניהם אדוקים בו ל"א בתר חמ"ק וכהש"ך אבל בחצר של שניהם בזה אזלינן בתר חמ"ק ודלא כהש"ך עכ"ד ועי' בנחל יצחק שכתב דבשניהם אדוקים אזלינן בתר חמ"ק והאריך בזה. עוד כתב הש"ך דל"ע אם יש לדון בהדינר לומר אוקי אחמ"ק כיון דהמעות להוצאה ניתנה כו' ועי' בקצה"ח ובש"ש שם פט"ו שהשיג על הש"ך מד' התוס' כתובות ע"ו א' ד"ה על בעה"ח דגם במעות אמרינן אוקי אחזקת מ"ק וכ"כ בשערי בינה להשיג על הש"ך מדברי התוספות אלו ועי"ש עוד בשערי בינה שער כ' דין כ"ה אות ז' ובנחל יצחק מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן צב

סעיף א (א) **החשוד** על השבועה כו'. בקצה"ח בס"ק א' הביא דברי התוס' ב"ק ק"ח א' ד"ה הרי כפילי דחשוד על השבועה אינו מפסל אלא מדרבנן כו' וד' התוס' אלו הביא המרדכי בפ' כל הנשבעין יעוש"ה ומשמע דס"ל כן להלכה וכן משמע דעת השערי רב אלפס שער כ' דין ד' שכ' וז"ל מי שכנגדו חשוד על השבועה הוא שיהא חשוד הנתבע שעליו השבועה ויתברר לנו שלשקר נשבע אמרו חכמים להעביר השבועה מן החשוד ולא יפטר משבועתו אלא ישבע התובע ויטול כדתנן כו' והשני מן החשוד שאינו נאמן בשבועה הוא מפסולי עדות כגון מלוה ברבית כו' עכ"ל. הרי שכ' להדיא אמרו חכמים להעביר השבועה מהחשוד כו' משמע דלולי תק"ח להעביר השבועה ממנו היה נשבע החשוד מה"ת רק דחז"ל תקנו להעביר השבועה ממנו ולא יפטור אלא שכנגדו נשבע ונוטל והיינו כדעת התוס' ולפ"ד יש ליישב קושי' התומים בס"ק י"א שהק' בהא דאמר אביי בשבועות ל"ב ב' הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה ופריך הגמרא דחשוד מאן כו' ולימא לי' מי יימר דמשתבעת כו' והק' דהא י"ל דאביי ס"ל כר"פ שם ל"א א' דס"ל דאזלינן בתר דאורייתא וכיון דמה"ת הוי כל חשוד כמו כל משואיל"מ ורק מדרבנן הטילו שבועה על שכנגדו א"כ שפיר חייב ק"ש משום דאזלינן בתר דאורייתא ומאי פריך הגמרא עכקוש"י. ובאמת כבר הקדימו הרשב"א בחידושיו בקושיא זו ונשאר בצ"ע ועי' בחת"ס סופר חחו"מ סימן ע"ה ובספר השיב משה חחו"מ סימן פ"ג ובספר בית הלוי ח"ג סי' ל"ח אות ג' מ"ש ליישב קושי' זו יעוש"ה. ולפ"ד התוס' והמרדכי והשערי רב אלפס הנ"ל ניחא דהא מה"ת יכול החשוד לפטור בשבועה ואינו מפסל רק מדרבנן ולק"מ קושי' הנ"ל. וכן ראיתי בדברי חיים בדיני טוען ונטען בסימן ל"ב בד' בן המחבר שם ליישב כן קושי' הנ"ל ועי"ש בדברי חיים מ"ש ליישב קושי' הנ"ל והאריך בזה. אך מד' הרשב"א שהק' קושי' הנ"ל משמע דס"ל דחשוד על השבועה מפסל מה"ת דלא כהתוס' הנ"ל וכן מוכח מד' הרשב"א בר"פ כה"נ שהק' דאיך תני לחשוד על השבועה בהנך נשבעין ונוטלין הא מה"ת חייב החשוד לשלם דה"ל משואיל"מ יעוש"ה ומוכח דס"ל דחשוד על השבועה מפסל מה"ת לשבועה דלא כהתוס' הנ"ל דלהתוס' לק"מ כיון דחשוד על השבועה לא מפסל אלא מדרבנן ומוכח דס"ל להרשב"א דלא כהתוס' הנ"ל:

וכן מוכח דעת הר"ן בשבועות שם דלא ס"ל כהתוס' הנ"ל שהרי הקשה ג"כ דאיך חשיב שם הך דחשוד בהנך נשבעין ונוטלין

וטולין ועי' בשימקו"ב בב"מ ג' ב' ד"ה אבל כו' שהביא דברי הרמב"ן והרשב"א והר"ן דס"ל דחשוד על השבועה נוטל שכנגדו מה"ת בלא שבועה יעוש"ה והיינו דלא כהתוספות הנ"ל. ובקצה"ח הקשה על התוספות ב"מ ה' ב' ד"ה דחשוד כו' דמשמע שם מדברי ר' יהודא חסיד דס"ל דגזלן מפסל לשבועה מה"ת וכיון דאפילו חשוד על השבועה כשר לשבועה מה"ת כ"ש גזלן דהוא חשוד לדבר-אחר עכקוש"י והניח בצ"ע. ובאמת לק"מ די"ל דר' יהודא חסיד ס"ל כהרמב"ן והרשב"א והר"ן הנ"ל דס"ל דחשוד על השבועה מפסל מה"ת ודלא כהתוספות הנ"ל וכן משמע מדברי התוס' בב"מ שם דס"ל דחשוד על השבועה מפסל מה"ת דלא כמ"ש בב"ק הנ"ל דע"כ לא פליגי התוס' על דעת ר' יהודא חסיד אלא במה דס"ל דגזלן פסול לשבועה מה"ת כמו לעדות אבל בחשוד על השבועה אף התוספות ס"ל דפסול מה"ת דלא כדבריהם בב"ק הנ"ל וכן מוכח מד' התוס' בב"מ ה' א' ד"ה שכנגדו ובשבועות מ"ז א' ומד' הרא"ש שם שהק' דאמאי תקנו בחשוד דשכנגדו נשבע ונוטל מ"ש משאר משואיל"מ דאין שכנגדו צריך לשבע. ולד' התוס' דב"ק הנ"ל ליכא קושיא דהא י"ל דמש"ה תקנו חכמים בחשוד דכשנגדו נשבע ונוטל דהא מה"ת נשבע החשוד ונפטר ורק רבנן הוא דפסלוהו ול"ד כלל לשאר משואיל"מ דש"ה דמה"ת א"י לשבע כגון בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא וכדומה. א"ו מוכח דס"ל להתוס' והרא"ש דחשוד על השבועה מה"ת הוא דמפסל וכהרמב"ן והרשב"א והר"ן הנ"ל ומדינא נוטל שכנגדו בל"ש ושפיר הקשו וכן הוא דעת הריטב"א בשבועות מ"ז א' ד"ה היכי כו' דחשוד על השבועה מה"ת הוא דמפסל יעוש"ה ועי' בחת"ס סופר שם בסי' ע"ו שכתב דזה פשוט דחשוד על השבועה פסול לשבועה מה"ת כו' ולא ראה ד' התוס' דב"ק והמרדכי והשערי רב אלפס הנ"ל שכ' דלא מפסל אלא מדרבנן:

שוב ראיתי בספר דברי אמת בענין חשוד שהביא ראי' לד' התוס' דב"ק מהא דפריך הגמרא בשבועות הנ"ל ולימא לי' מי יימר דמשתבעת כו' ותמה על התי"ט בפ' כה"ג שהביא ד' הר"ן הנ"ל בסתמא בלא שום חולק ולא הביא ד' התוספות הנ"ל והאריך בזה וכ' דהרמב"ם והרמ"ה דלקמן סעיף ח' גבי היה החשוד שומר כו' פליגי בהך מלתא דהרמ"ה ס"ל כהר"ן הנ"ל דחשוד על השבועה מה"ת הוא דמפסל וכן הוא דעת הר"ר ישעיה כהרמ"ה. והרמב"ם ס"ל כדעת התוס' דב"ק הנ"ל דחשוד על השבועה לא מפסל אלא מדרבנן כו' ועוד כ' דמד' המרדכי בפ' שבועות הדיינים דהביא פלוגתא דראב"ן והרמב"ם והראבי"ה ור' ברוך עם הרשב"ט לענין אם אמר התובע לחשוד אשתבעי לי כו' מוכח דס"ל כדעת התוס' הנ"ל דלא מפסל אלא מדרבנן כו'. ועוד כ' דדעת מהר"ם דס"ל דבמשואיל"מ צריך התובע לשבע וליטול ס"ל כדעת התוס' הנ"ל דלא מפסל אלא מדרבנן והאריך בזה והביא דברי ר' יהודא חסיד הנ"ל דס"ל כהר"ן דמפסל מה"ת וכתב דאף התוס' לא פליגי על ר' יהודא חסיד אלא בגזלן אבל בחשוד על השבועה אף התוס' ס"ל דמפסל מה"ת וכ' דגם הריטב"א בפ"ק דב"מ ס"ל כהר"ן הנ"ל והביא דברי הרשב"א בחידושיו בפ' שבועת העדות ובפ' כה"ג הנ"ל דס"ל כהר"ן דמפסל מה"ת יעוש"ה. והיינו כמ"ש בדעת ר' יהודא חסיד והתוס' דב"מ הנ"ל ומיושב קושי' הקצה"ח הנ"ל. ובאמת מבואר במכילתא בסדר משפטים פ' ט"ז דחשוד על השבועה מפסל מה"ת דאיתא שם בין שניהם להוציא את היורשין בין שניהם להוציא את שכנגדו חשוד על השבועה עכ"ל הרי להדיא דס"ל להמכילתא דחשוד על השבועה מפסל מה"ת וכדעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן הנ"ל וצ"ל לדעת התוס' דב"ק והמרדכי והשערי רב אלפס הנ"ל דהך דמכילתא הוי אסמכתא בעלמא והקרא דבין שניהם אתא להוציא את היורשים וכדקאמר הגמרא בשבועות מ"ז ב'. וא"כ לענין דינא כ' דדין זה אי חשוד על השבועה מפסל מה"ת או מדרבנן הוי ספיקא דדינא וכן ראיתי בספר נחל יצחק בס"ק ג' שהאריך בזה וסיים דדין זה הוי ספיקא דדינא ועי"ש עוד בס"ק ה' מ"ש לענין ספק חשוד ע"י הכחשת עדים די"ל דרשאי לשבע משום דהוי ס"ס דלמא הל' כהתוספות הנ"ל דלא מפסל אלא מדרבנן וס' דלמא האמת כדברי העדים דלא גזל מעולם והאריך בזה ועי' בדברי חיים בסי' הנ"ל מ"ש בדין ס' חשוד על השבועה. והאריך בזה ועי' בשעהמ"ש בס"ק ב' מה שהביא בשם הכנה"ג ומה שהשיג עליו והאריך בזה:

סעי' ב' (ב) **אחד** שבועת העדות. עי' בתומים בס"ק א' מה שהאריך בזה וכ' בתוך דבריו דאף במלקות בעינן התיר עצמו כו' וסותר ד"ע דבסימן ל"ח כ' בהדיא דבמלקות לא בעינן התיר עצמו ועי' לעיל בסי' כ"ט ס"ק א' מ"ש להשיג על ד' התומים דסימן ל"ח והארכתי בזה יעוש"ה:

סעי' ג (ג) **דשמא** ספק מלוה ישיבה כו'. עי' בנ"י שכתב דנפ"מ בין אביי לדר"י כגון שמחל כל שביעות וכל מלוות שיש לו עליו דהשתא פטיר משבועה למ"ד מגו דחשוד אממונא כו' ועי' בתומים בס"ק ב' ובקצה"ח בס"ק ג' ובנתיבות בס"ק ב' ובשערי בינה שער ה' אות י' ובספר מעין גנים ובמעיני החכמה בב"מ ו' א' ובמה"ב שם ובס' נחל יצחק בס"ק ו' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(ד) **בין** של דבריהם. עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכתב ואפילו בלא הכרזה פסול כו' וכ"כ בספר משנת דר"א ועי' מ"ש הוא עצמו בתוס' רע"א במשניות בפ' זה בורר אות ע' ובהגהות מהרי"ש ובמעין גנים כאן מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן ל"ד ס"ק י"ד מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף ו (ה) **אבל** אם אומר כו'. עי' בשעהמ"ש בס"ק א' מה שהק' על הך דינא דריש סימן ע"ט דאמרינן כל האו' לא לויתי כאו' לא פרעתי דמי והא לפי דבריו העדים הם שקרנים כו' וא"כ אמאי מאמינים העדים לענין הלואה כו' עכקוש"י והאריך בזה. והכריע כהראב"ד ועי' לעיל בסימן כ"ט ס"ק א' ובסי' ע"ט ס"ק א' מ"ש עליו ויישבתי קושי' זו והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף ז (ו) **והוא** חשוד כו'. וכ' הש"ך בס"ק א' משמע בין מ"מ או ע"א וכ"ה בתשובות הרא"ש כו' ול"ל דהעד יפטרנו דהוי עד המסייע דכיון דנתחייב שבועה ע"י העד שוב לא יוכל העד לפוטרו עכ"ד. עי' לעיל בסימן פ"ז ס"ק י"ד מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף ח (ז) **היה** החשוד שומר כו' א"י לשבע וליטול. וכ' הסמ"ע בס"ק כ"ג ודינו שהשומר פטור ממנו לדעת הרמב"ם וכוותי' פ' המ"מ והמחבר לאפוקי מר' ישעיה והרמ"ה דס"ל דמתוך שאיל"מ וכמ"ש הטור עכ"ל. עי' בס' דברי אמת בענין חשוד שהק' על הרמ"ה דאמאי א"נ לומר נאנסו במגו דהחזרתי או להד"ם כו'. ול"ל דזה נמי מגו לאפטורי משבועה כו' לא היא דהרואה בהרא"ש בפ"ק דמציעא גבי ויש מקשין הבל כו' ולא קשיא דחיובי דראשון בשביל שאי"ל והוא אינו רוצה להאמין לשבועת השני ונתחייב לו הראשון ממון ואין ע"א פוטר מחיוב ממון וה"נ הכא כיון שמחויב שבועה ואי"ל ה"ל מחויב ממון ואמאי ל"א מגו ול"ל דאי מגו דהעזה דהא מגו דהעזה לגבי ממון אמרינן כו' עכקוש"י יעוש"ה. ובאמת לק"מ דהא הרמב"ן במלחמות שם ס"ל כהיש מקשין הבל והוכיח מזה דעד המסייע אינו פוטר יעוש"ה וא"כ ס"ל דחיוב ממון הבא מחוך שבועה דין שבועה יש לו והב"י בסימן מ"ו כ' דס"ל להרמ"ה דאין עד המסייע פוטר וכן ס"ל להב"ח שם בדעת הרמ"ה וא"כ שפיר י"ל דס"ל להרמ"ה דחיוב ממון הבא מתוך שבועה דין שבועה יש לו וכהרמב"ן ולק"מ קושי' הנ"ל. רק די"ל שהדברי אמת הנ"ל ס"ל בדעת הרמ"ה כמ"ש הש"ך בסימן מ"ו ס"ק ק"ט ועי' בש"ך בסי' פ"ז ס"ק ט"ו. מ"מ לק"מ קושי' הנ"ל די"ל דהרמ"ה ס"ל דאף במשואיל"מ עד המסייע פוטר וכס"ל להב"י לעיל בסי' כ"ח. ועי' בש"ך בסימן ע"ב ס"ק ס"א שכ"כ בדעת הב"י ועי' בקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק

ס'

ט' שכ' דכונת הרא"ש הנ"ל הוא משום דהתם הוי א"י אם החזרתי . ועי' לעיל בסימן ע"ב ס"ק י"ח מ"ש על הקצה"ח והארכתי בזה יעוש"ה וא"כ שפיר י"ל דס"ל להרמ"ה דחיוב ממון הבא מחוך שבועה דין שבועה יש לו וכן י"ל דס"ל להר"ר ישעיה ולק"מ קושי' הדברי אמת הנ"ל. ועי' לעיל בנתיבות בסי' פ"ט ס"ק ז' שכ' דמש"ה לא מהימן חשוד במודה מקלת במגו דאי בעי כפר הכל כו' משום דכיון דהממון מכח שבועה קאתיא דין שבועה יש לו ול"א מגו וה"ה הכא בדין דהרמ"ה הנ"ל ועי' בתומים בס"ק י' מה שהשיג על הב"ח בדעת הרמב"ם והרמ"ה הנ"ל והאריך בזה . ועי' בדברי משפט בס"ק ב' מה שהשיג על התומים ועי' בספר משנת דר"א ובספר מעין גנים מ"ש בזה ועי' בש"ך בס"ק י"א שכ' דה"ה תובע את החשוד שמא עפ"י העד עכ"ל והיינו לדעת הרמב"ם . ולדעת הר"ר ישעי' והרמ"ה אמרינן בכה"ג דהוי משאיל"מ ועי' בתומים שם מה שהק' על זה משבועות ל"ב ב' גבי הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה כו' והאריך בזה . ועי' בנו"ב מהדו"ת חחו"מ סי' ע"ז ובדברי אמת שם ובס' שאילות שמואל בכלילת שמואל כלל ח' אות קמ"ג ובספר נחל יצחק בס"ק ז' מ"ש והאריכו בזה ועי' עוד בנו"ב מהדו"ק חאה"ע סימן ל"ג מ"ש בזה :

(ח) **שהרי** אינו טוען ודאי שאכלו . עי' בט"ז שכתב דהיכא דהתובע טוען שמא ל"א דהוי משאיל"מ וכ"כ הט"ז בסימן ע"ה סעיף י"ב וכ"כ הפ"י בב"מ ל"ח א' בסוגיא בסוגיא דשתי פרות מסברת עצמו דבתובע טוען שמא ל"א דהוי משאיל"מ ולא הביא ד' הט"ז אלו . ועי' בקצה"ח בסימן ע"ה ס"ק ט' וכאן בס"ק ז' שהשיג על הט"ז ועי' בשערי בינה שער כ' דין ד' אות ד' ובספר נחל יצחק בס"ק ז' מ"ש והאריכו בזה . ועי' בשעה"מ בס"ק י"א מ"ש דהיכא דהשומר חשוד והמפקיד יש לו שטר על הפקדון והנפקד טוען החזרתי דנאמן דכיון דיש להנפקד מגו ה"ל כתרי ותרי ומוקמינן ממונא בחזקת מרי' והביא ראיה מדברי הש"ך בסימן ע"ה סעיף ז' כו' והאריך בזה ועי' בספר זית רענן ח"ב בסוף הס' בקונטרס עלי זית בסימן כ"ח מה שהשיג על השעה"מ ודחה ראיתו יעוש"ה ועי' בבית יהודא מ"ש על דברי השעה"מ והאריך בזה :

סעיף ט (ט) **וי"א** שכיון ששטר מקוים בידו כו' . עי' בש"ך ס"ק י"ד שהביא ראיה מפירש"י בפ' הכותב פ"ה א' גבי ההיא אתתא כו' אפכה רבא אשכנגדה ופירש"י שהיה אדם תובעהו ממון ומדהוצרך לפרש כן משמע דלא הימנא דמיירי בנתחייב שבועה על כתובתה דא"כ לא הוי אפכה רבא אשכנגדה עכ"ל . ועי' בספר משנת דר"א במהדקו"ב שהק' על הש"ך דהא גבי כתובה מודו הט"ו מטעמי' דכתב הש"ך גופי' לעיל בסימן פ"ב ס"ק י"ט ורבא נמי ס"ל כתובה דרבנן כך משמע בכתובות י' דס"ל דנאמן על טענת פ"פ מלאתי עכ"ד . וכן הק' בחת"ס סופר חחו"מ סימן ע"ה על הש"ך והאריך בזה ליישב ועי' בספר נחל יצחק בס"ק ח' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סימן צג

סעי' א (א) **בשתי** מעין כסף . עי' בפ"ת ס"ק ד' שהביא ד' מהרי"ט דאם השותפין לפניו ותובע לאחד מהם שתי כסף בין כולם משביעין אותו כו' והביא דברי הברכי יוסף בשם גדול א' שהשיג על המהרי"ט מקידושין ז' ב' גבי ב' בנותיך לב' בני בפרוטה מהו ומב"מ כ"ו ב' כו' ועי' לעיל בסימן ו' כ"ק ב' מ"ש בזה על הבר"י יעוש"ה :

סעי' יג (ג) **ולא** ישלם שמעון כלום . עי' בנתיבות בס"ק ה' שכתב במקבל עיסקא שנעשה היכף בקבלת המעות על אלי המעות כו' מש"ה אפילו אם הסחורה נפסד ביד הנותן והמקבל א"י נשבע הנותן שנאנסה והמקבל חייב לשלם האלי כו' דהוי כא"י אם פרעתיך כו' עכ"ד . וסותר ד"ע דבסימן ע"ה ס"ק ה' כ' הנתיבות דא"י א"פ היכא דלא ה"ל למידע פטור וה"נ לא ה"ל להמקבל לידע וכן ראיתי בהגהות חכמת שלמה הנדפס מחדש שהשיג כן על הנתיבות ועי' לעיל בסימן ע"ה ס"ק י"ג מ"ש והארכתי בדין זה יעוש"ה :

סימן צד

סעיף א (א) **יכול** בעל דינו לגלגל כו' . בקצה"ח בס"ק א' נסתפק אם מגלגלין שבועת התורה במלוה בשטר וטען הלוה פרעתי ועוד תבע הלוה להמלוה בע"פ ובע"א אי מחויב המלוה לשבע שד"א בתורת גלגול או כיון דכתיב בפירוש ולקח בעליו ולא ישלם כו' א"כ ה"ה גם גלגול ליכא מה"ת בזה עכ"ד והניח בצ"ע . ובנתיבות בס"ק ג' כ' עליו דלא ידענא מקום ספק בזה בודאי על כל השבועות מגלגלין מדלא חלקו הפוס' ובב"מ י"ד א' בתוספות ד"ה דינא כ' להדיא דיכול לגלגל על בעל השטר שישבע שלא פרעו עכ"ד . ובאמת בקצה"ח בסימן רכ"ו ס"ק א' הרגיש בזה מדברי התוס' הנ"ל וכ' דאפשר דהתוספות איירי בתר פרעון וכהאי דפ' הכותב כו' ואכתי צ"ע עכ"ד. ובאמת פשט דברי התוס' משמע כהנתיבות ולא כהקצה"ח דמיירי בתר פרעון וכ"כ הרשב"א בחידושיו לכתובות ל"ב ב' ובשימקו"ב שם בשם הרמב"ן כהתוספות הנ"ל יעוש"ה ועי' בבית יהודא שכתב דבשטר דבזה מצד הדין גובה בל"ש רק שחז"ל תקנו שישבע כדי להפיס דעת בזה ודאי אין שבועת התורה כו' רק אי פקח הוא מייתי לי' לידי שד"א אבל בשכיר כו' דמן הדין אף בשבועה לא יטלו כו' בזה י"ל דמגלגלין וצריך לשבע שד"א עכ"ד . ועי' בספר נחל יצחק בס"ק ב' שהאריך בזה והביא דברי הירושלמי שבועות פ"ז הלכה א' וכ' לבסוף דדין זה הוי ספיקא דדינא והיכא דתפס התובע לאחר שנשבע לפטור ולא רצה לשבע וליטול אז אין מוציאין ממנו עכ"ד ישוש"ה . וכן נ"ל כהנ"י :

(ב) **כל** תביעה כו' . עי' בשעהמ"ש בס"ק ב' שכ' דאם יש לו עד המסייע על טענת הגלגול בלבד דאינו פוטרו כיון דנשבע בלא"ה מגלגלין עליו בכל גווני כו' והאריך בזה . ומדברי התוס' ב"מ י"ד א' ד"ה דינא הוא משמע דלא כהשעהמ"ש שכתבו שם דנפ"מ שהבע"ח חייב שד"א לראובן דיגלגל עליו שבועה שלא פרעו לשמעון לא ישבע אלא שבועה דרבנן עכ"ל . ולפ"ד השעהמ"ש הנ"ל י"ל נפ"מ בפשוט ביש להבע"ח עד המסייע שלא נפרע דלשמעון א"ל לשבע דעד המסייע פוטר גם משבועה דנשבע ונוטל וכמבואר לעיל בסימן פ"ז סעיף ו' . ולראובן דצריך לשבע לו בלא"ה ישבע ג"כ שלא נפרע ומדלא כתבו התוס' כן משמע דלא ס"ל כהשעהמ"ש ועי' בקצה"ח בסימן פ"ז בס"ק י' שמסתפק לענין עד המסייע על הקרקעות מוכח מדבריו דס"ל דבמטלטלין עד המסייע פוטר מגלגול שבועה וכן מוכח מדברי התומים שם בס"ק ה' דס"ל דעד המסייע פוטר מגלגול שבועה לפ"מ שפירש שם דברי הרא"ש אג"ש דע"א א"כ בעיקר לא מהני כלל עד המסייע לפ"ד שם דכיון דעד המחייב בא ראשון הוי כתרי רק על הגלגול מהני סיוע שלו כיון דלא העיד הראשון אלמא דנפטר מגלגול ע"י עד המסייע אף דלא נפטר מעיקר שבועה וכן ראיתי בספר השיב משה חחו"מ סימן פ"ט שהוכיח כן מדברי התומים אלו והשיג שם על התומים כי שגה ברואה דלמסקנא דיליף מפיו וע"א יליף מע"א גופי' ולא מג"ש

מג"ש דע"א כו' וכתב דמ"מ מבואר כן דעת התומים דעד המסייע פוטר מג"ש וגם הוכיח שם כן מדברי הקצה"ח הנ"ל וכמ"ש והביא שם ראיה מקידושין כ"ז ב' דעד המסייע פוטר מג"ש והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בבית יהודא שהשיג על השעהמ"ש הנ"ל וכ' דעד המסייע פוטר אף משבועה הבאה ע"י גלגול וגם כ' לפשוט ספיקא דהקצה"ח הנ"ל דע"א יכול לפטור גם משבועת קרקעות הבאה ע"י גלגול והאריך בזה וכן כ' עיקר לדינא דעד המסייע פוטר אף מגלגול שבועה ודלא כשעהמ"ש הנ"ל :

סעיף ו (ג) **או** תהפוך הכל כו'. עי' בט"ז שכ' דהיכא דאיכא רובא המסייע לטענת הנתבע אין מחייבין לו שבועת היסת דהא עיקר ש"ה הוא משום חזקה דא"א תובע אא"כ יש לו עליו ע"כ היכא דאיכא רובא דמסייע דעדיפא מחזקה אין מקום לחייב ש"ה משא"כ בגלגול שבועה עכ"ד. ועי' בהפלאה בקו"א לכתובות בסימן פ' סעיף ע"ז שכתב דה"ה היכא דאיכא חזקה אחרת נגד החזקה דא"א תובע אא"כ יש לו עליו אין לחייבו ש"ה והיינו כעין ד' הט"ז הנ"ל רק דהט"ז כ"כ לענין רובא ואיהו כ"כ לענין חזקה נמי. ועי' בספר נחל יצחק בס"ק ד' שכ' דזהו נמי כונת הש"ך בס"ק א' שכתב דבטענת פרוזבל היה לי ואבד או בטענת רבית בהיתר לקחתי דאינו נשבע היסת משום דכיון דחזקה דלא שביק היתירא כו' דדוחה לחזקה דא"א תובע כו' אינו חייב ש"ה כו' והאריך בזה ועי' עוד בנחל יצחק בסימן ע"ה ס"ק ו' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סימן צה

סעיף א' (א) **ושטרות**. עי' בחת"ס סופר חיו"ד סימן קל"ד שכתב דדין הבילעטין כדין מטבע לענין שבועה ואונאה ושומרים אך לענין פדיון בכור נסתפק שם והניח בצ"ע ועי' בחת"ס סופר חחו"מ סימן קפ"ז שכ' בפשיטות דלענין שבועה דינו כמטבע ולענין פדיון בכור אין דינו כמטבע ועי' בהשיב משה חיו"ד סימן נ"ה שכ' בפשיטות דדינו כמטבע אף לענין פדיון בכור והביא ראיה מתוספות ב"ק י"א א' גבי אין שמין כו' ועי' בספר נחל יצחק בסימן ס"ו ס"ק י' ובספרו עין יצחק ח"א סימן ל' שכ' בפשיטות דבילעטין הוי דין מטבע לכל מילי אף לענין פדיון בכור והאריך הרבה בזה. ועי' בהגהות חכמת שלמה בסימן ק"ל ובס' עונג יו"ט חיו"ד סימן ק"ב מ"ש בזה יעוש"ה :

(ב) **ובן** נכסי א"י. והוא מהמכילתא ולמדו מדכתיב רעהו וכ' הקצה"ח בס"ק א' דה"ה איפכא נמי לא שייך דין שומרים ושבועה מישראל לעובד כוכבים עכ"ד. וכ"כ הקצה"ח בסימן ע"ב ס"ק מ"ג ובנתיבות שם בס"ק נ"ג השיג על הקצה"ח ועי"ש במשובב נתיבות מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק ט' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

(ג) **בהג"ה** דתלוש ולבסוף חברו כו'. בש"ך בס"ק א' השיג על הרמ"א וכ' דהבע"ה לא קאמר אלא כותל לבנין אבל בית ה"ל כקרקע כו' תדע דהא משמע בכל דוכתי דבית נקנה בכסף ושטר וחזקה כמו קרקע וגם מקרי נכסים שיש להם אחריות לענין שעבוד וקדימה כו' וה"ה לענין שומרים ושבועה כו'. ובקצה"ח בס"ק ג' השיג עליו וכ' דהא דבית נקנה בכסף ושטר וחזקה דהוי משום אגב וכמ"ש המג"א בסימן תרל"ז ואע"ג דלא א"ל אגב כיון דמונחים על הקרקע א"צ לומר אגב לדעת הרמב"ם וש"ע בסימן ר"ב עכ"ד. ובאמת תי' זה דחוק דהא דעת הרמ"א בסימן ר"ב סעיף ב' דאפילו הם צבורים בתוכה בעינן שיאמר קנה אגב קרקע או שיאמר לו קני המטלטלין עם הקרקע לדעת היש חולקים שם ועכ"פ אמירה בעי והכא לא הכריע הרמ"א אי בית מקרי מחובר ושפיר הוכחת הש"ך הנ"ל. וכן ראיתי במנחת השקל שם שהשיג כן על המג"א. עוד כ' הקצה"ח ליישב די"ל גבי בית דהוי מתורת חצר דכיון דקונה הקרקע קונה הבית שעליו בתורת חצר עכ"ד ואין זה כלום דהא הש"ך כ' לקמן בסימן קל"ח ס"ק ז' ובסימן ר"ב ס"ק ג' דאין חצר קונה אלא כשהוא כבר חצרו משא"כ היכא דחצרו ומתנתו באים כאחד לא קנה מתורת חצר וא"כ הא גבי בית נמי הוי חצרו ומתנתו באים כאחד ולא קנה בתורת חצר. אך הקצה"ח בסימן קל"ח ס"ק ב' וסימן ר"ב ס"ק ג' השיג על הש"ך והניח דין זה בצ"ע אבל לפ"ד הש"ך דסימן ר"ב שפיר הוכחת הש"ך הנ"ל מהא דבית נקנה בכסף ושטר וחזקה דל"ל מטעם חצר לפ"ד הש"ך דסימן ר"ב הנ"ל ואכעמ"ל בזה. עוד כ' הקצה"ח לחלק בין שעבוד לשאר מילי עפ"ד הרשב"א שכ' דלמ"ד שד"א מטלטלי נמי משתעבדי מן התורה כו' ועי' בספר נחל יצחק בס"ק א' מ"ש ראיה להקצה"ח והאריך בזה ועי' בספר ברית יעקב החו"מ סימן ל"ה מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ד (ד) **שטר** מסרתי לך כו' וי"א להד"ס. עי' ש"ך ס"ק י"ז שכתב דמגו לאפטורי משבועת היסת לכ"ע ל"א כו' והט"ז ס"ל דאין לחלק בזה ולמ"ד דאמרינן מגו לאפטורי משבועה אף בש"ה אמרינן מגו דלא כהש"ך וכן ס"ל להט"ז ביו"ד בסימן קס"ט ס"ק ל"ו דאין לחלק וכמ"ש כאן ועי' לעיל בסימן כ"ח ס"ק ג' מ"ש ליישב קושי' הט"ז שם על הסמ"ע דהט"ז אזיל לשיטתי' דכאן והסמ"ע ס"ל כהש"ך כאן יעוש"ה ועי' בתומים ס"ק ו' ובשעהמ"ש ס"ק ה' ובדרוש וחדוש מהגאון רע"א בכתובות פ"ה א' ובנחל יצחק בס"ק ב' מ"ש בזה :

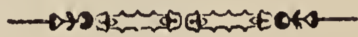
סעיף ה (ה) **טענו** כלים קרקעות כו'. עי' בקצה"ח בס"ק ז' מ"ש לענין היכא שתובע קרקע שיושב בה כו' ותובע הקרקע וגם הפירות שאכל והביא ע"א כו' דאין בזה שבועת התורה והביא ראיה מדברי התוספות ב"ב ל' א' ד"ה לאו כו' ועי' בדברי משפט ס"ק ד' שהשיג עליו והאריך בזה יעוש"ה :

סימן צו

סעיף א (א) **בהג"ה** וי"א דאין נשבעין לו שבועת השומרים כו'. עי' בש"ך ס"ק ב' שכ' בשם הר"ן דאינו מתחייב אפילו פשע בודאי כו' ועי' במחנה אפרים הל' שומרים סימן י' כ' וקטן ששאיל לגדול לכ"ע שואל גמור הוא דלענין שאלה לא כתיב איש כו'. וכ' מדבריו שם דאם היה הקטן במלאכתו של השואל מקרי שאילה בבעלים עכ"ד והובא דבריו בגליון ש"ע מהגאון רע"א. ולא ידענא מאי קאמר דהא אמרינן בב"מ צ"ה א' אמר קרא וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון וילמד עליון מתחתון ותחתון מעליון דמה ש"ש חייב בגניבה ואבידה אף שואל כן וכדפי' רש"י שם וכן איתא בב"ק ק"ז ב' גבי תני רמי בר חמא ד' שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת כו' שואל דכתיב וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון ולמדין דין שואל מדין ש"ש וש"ח כמו דבעינן התם מודה מקצת ה"ה בשואל יעוש"ה. הרי להדיא דמקשינן שואל לש"ש בכל דיניו א"כ ה"ה בהך דכי יתן איש דכתיב בש"ש דמפטר מחיוב שומרים בקיבל מן הקטן ה"ה דמפטר אם שאל מן הקטן דמקשינן שואל לש"ש גם בזה דמאי שנא מהך דב"מ וב"ק הנ"ל. וכן ראיתי בספר נחל יצחק בס"ק א' שהשיג כן על המח"א והשיג שם עוד ולקמן סימן ש"ב סעיף ב' והאריך בזה ופ' דלא כהמח"א הנ"ל אלא אם שאל מן הקטן ג"כ פטור כמו בשאר שומרים. עוד הק' שם מב"ב פ"ז ב' גבי השולח בנו אצל חנוני כו' דאמרינן שם הב"ע שנטלה למוד בה לאחרים ובשואל שלא מדעת מר סבר שואל הוי כו' דמשמע דיש לו דין שואל

שואל אף בקבל מן הקטן ותי׳ דה״ה דגוף הגלוחית הוא של בעה״ב ולא של הקטן כו׳ יעוש״ה ועי׳ במנחת חינוך מלוה ס׳ בדיני שואל אות א׳ שהביא ד׳ המח״א הנ״ל והשיג עליו וכתב דבאמת מה״ת ל״ש כלל דין שאלה בקטן כי לד״ת אין מעשה קטן כלום והוא שואל שלא מדעת ויש לו דין גזלן וחייב אף במתה מחמת מלאכה עכ״ד. הרי שכתב דלא כהנ״י הנ״ל שס״ל דפטור אם שאל מן הקטן והמנחת חינוך ס״ל דחייב אף במתה מחמת מלאכה ועיי״ש עוד במנחת חינוך שהשיג על דין הב׳ של המח״א הנ״ל שכ׳ דאם הקטן השאיל עצמו יש לו דין שאלה בבעלים והשיג עליו כיון דהוי שואל שלא מדעת והוי גזלן ל״ש דין שאלה בבעלים כלל כו׳ עכ״ד והאריך בזה. ולענין אם קבל חפץ של חרש ושוטה אם יש דין שומרים בהם שיהיה חייב הנפקד פקח עי׳ במנחת חינוך מלוה כ״ז שכתב דחייב השומר דחרש ושוטה לא נתמעטו מאיש ועי׳ בנחל יצחק בס״ק ב׳ שכ׳ להוכיח דעיקר מלתא דממעטינן איש ולא קטן גבי שומרים הוא משום דקטן לא הוי בן דעת א״כ ה״ה חרש ושוטה כיון דלא הוו בני דעת לכן גם בהו נתמעט דין שומרים כו׳ והאריך בזה ופ׳ כן יעוש״ה :

סעיף ה (ב) **החרש** והשוטה כו׳. עי׳ בתומים ס״ק ה׳ מ״ש לענין שבועה בכתב והביא ד׳ השבו״י והשב יעקב והאריך בזה ועי׳ בקלה״ח בס״ק ג׳ ובנו״ב מהדו״ק חיו״ד סימן ס״ו וחו״מ סימן ל׳ ובתשובות רע״א מסי׳ כ״ט עד סימן ל״ג ובחת״ס סופר חיו״ד סימן ר״כ ורכ״ז ובברית אברהם חיו״ד סימן כ״ט ס׳ ובשמן רקח ח״ב סימן כ״ז ובתשובות רמ״ץ חיו״ד סימן ב׳ ז׳ י״א ובתשובת מהריא״ז ענזיל סימן ה׳ ו׳ ובס׳ תפארת יוסף חיו״ד סימן ל׳ ובטוב טעם ודעת מהדו׳ תליתאי סימן י״ז ובספר אמרי בינה ח״א בדיני נדרים סי׳ כ״ז ובספר ארץ צבי חיו״ד סימן ז׳ וסימן מ״ב מ״ש והאריכו בזה יעוש״ה ואין כמ״ל בזה. ואי״ה במקו״א אבאר זה באריכות :



הלכות גביית מלוה

סימן צז

סעיף א (א) **מצות** עשה להלוות כו׳. בתומים בס״ק א׳ הביא ד׳ הרשב״א בתשובה סימן י״ח שנתן טעם דלמה אין מברכין על מתנות לעניים והלואה לאחרים כמו שאר מצות ותי׳ דאין תלוי בידו לבדו. דאולי לא ירצה העני ליקח או ללות הימנו עכ״ד וכ׳ התומים דדברים אלו סותרים למ״ש הרא״ש בפ״ק דכתובות דלמה אין מברכין אשר קדשנו כו׳ ליקח אשה ותי׳ דאפשר לקיים פ״ו ע״י פלגש וזהו הליא במחלוקת כו׳ ולא תי׳ בפשוט דאין זה תלוי בבעל לבד דאולי לא תאבה האשה לקחתו ש״מ דלא ס״ל סברא זו ונ״ל לדעת הרא״ש כיון שהוא קללה ופורענות כו׳ אין לברך עליו עכ״ד. הנה תשובת הרשב״א הינו ח״י אך באבודרהם הובא נמי תשובה זו באריכות שהשיב הר״י בן פלאט את הר״א אב״ד וראיתי שם בתוך התשובה שכתב וז״ל והאי ל״ל ביבום וגשואין דאע״ג דתליא בדעת אחרים ואפשר דנמנע האשה לא מיעקרא האי מלוה מן האיש אלא דהכתי רמיא עלי׳ מלות יבום ונשואין לכי נשכח נאי דל״ל הכי בהכנסת כלה ונתינת לדקה כו׳ עכ״ד יעוש״ה. הרי להדיא שכתב דזה לא מיקרי דמיעקרא המלוה אף דאולי לא תאבה האשה לקחתו מ״מ לא מיעקרא האי מלוה מן האיש משום דהכתי רמיא עלי׳ לכי משכח ושפיר י״ל דאף הרא״ש ס״ל כתי׳ הרשב״א הנ״ל דבנתינת לדקה מקרי מיעקרא מלוה אבל בנשואין לא מקרי מיעקרא וכמ״ש האבודרהם ולא ראה התומים ד׳ האבודרהם הנ״ל. ומ״ש התומים דהרא״ש ס״ל תי׳ אחר דאין מברכין על נתינת לדקה משום דאין מברכין על הקללה תי׳ זה מבואר נמי באבודרהם שם בקיצור יעוש״ה. ועוד י״ל אף לפ״ד התומים הנ״ל בדעת הרא״ש תי׳ אחר דס״ל להרא״ש דתש״ה אין מברכין על נתינת לדקה והלואת אחרים וכמ״ש בא״ור זרוע בהלכות ברכות המוליא סי׳ ק״מ וז״ל. זה הכלל שאני אומר בברכות כל מלוה שיש עתים כגון ליצית תפילין סוכה מילה כו׳ וכן כיולא בהם שיש זמן שהוא חייב בהם ופעמים אינו חייב בהם הלכך כשמגיע זמן חיובם לריך לברך על עשייתם מחמת חיובו כו׳ אבל אותם מלות שלעולם חייב בהם ואין עתים להפטר מהם כמו להאמין באלקינו וליראה אותו כו׳ בקור חולים תנחומי אבלים ונתינת לדקה כו׳ שאין להם פטור אין שייך לברך עליהם כי לעולם חייב בהם ולא שייך בהם חיוב עכ״ד יעוש״ה וכן ס״ל להרא״ש הנ״ל :

שוב ראיתי בחידושי הרי״מ בס״ק א׳ שהשיג כן על התומים כמ״ש אך לא הביא ד׳ האבודרהם הנ״ל ועיי״ש עוד מ״ש טעם דאין מברכין על נתינת לדקה והלואת אחרים והאריך בזה ועי׳ בחת״ס סופר חאו״ח סימן נ״ד מ״ש בזה ועיי״ש עוד באבודרהם ובתשובות הרשב״א שכ׳ וז״ל ומנ״ל דכל מלוה שאפשר למעקרי׳ כמאן דמעקרי׳ דמי מדאמרי׳ באלו נערות כו׳ עד אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל אע״ג דאכתי לא עקרה לה כמאן דליתא כו׳ וגמרינן מיני׳ למורא וכיבוד אב ועמידה בפני רבו הואיל ואפשר למעקר שהאב שמחל על כבודו כבודו מחול וזה הטעם בהלואה ולדקה עכ״ד ועי׳ בקלה״ח בס״ק א׳ מה שהק׳ מב״מ ל״ב א׳ כו׳ על הרשב״א ועי׳ בס׳ שם ארי׳ חאו״ח סימן א׳ מה שהק׳ על הקלה״ח והאריך בזה ליישב קושיא הנ״ל ובאמת כבר הקשה קושיא זו בשימקו״ב בב״מ שם מהך דכתובות הנ״ל יעוש״ה :

סעיף ו׳ (ב) **עובר** בלאו. עי׳ בנתיבות בס״ק א׳ שכ׳ דבהקפת חנות ובכל דבר המבואר בסי׳ ס״ז לענין שמיטה דלא נקרא הלואה אינו בכלל איסור דלא תבוא אל ביתו כו׳ עכ״ד. ובאמת מבואר להדיא בירא״ים בסימן רע״ג בשם הספרי דאף בהקפת חנות איכא לאו דלא תבוא אל ביתו ויליף לה מדכתיב משאת מאומה יעוש״ה. וכן הוא באמת בספרי בפ׳ כי תצא סימן רע״ו ולא ראה הנתיבות ד׳ היראים אלו וכן ראיתי בס׳ אמרי בינה ח״א בסוף הספר בתשובה ג׳ אות ו׳ שהשיג כן על הנתיבות יעוש״ה :

סעיף ח (ג) **ואם** חבל מהזיר כו׳. ברמב״ם בפ״ג מהלכות מלוה ולוה הל׳ ד׳ כ׳ המלוה את חבירו אחד עני ואחד עשיר לא ימשכננו אלא בב״ד ואפי׳ שליח ב״ד כו׳ עבר ב״ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף בזרוע המשכון מידו אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנא׳ השב תשיב לו את העבוט עכ״ל. והק׳ הקלה״ח בס״ק ג׳ נהי דבעני איכא עשה אבל בעשיר ליכא עשה כו׳ והלאו כולל גם לעשיר וא״כ למה סתם הרמב״ם דאינו לוקה הא בעשיר אינו ניתק לעשה. ובט״ז כ׳ כיון דהלאו כולל בין עני ובין עשיר וגבי עני ניתק לעשה גם בעשיר ליכא מלקות. והנה מלינו סברא כזו בפ׳ או״ב פ״ב ב׳ ד״ה הזרוע כו׳ אמנם נ׳ דהכא לא שייך סברא זו דכיון דכ׳ הרמב״ם דבעני גופי׳ לקי היכא דלא ניתן להישבון כו׳ הרי דלאו זה ניתן למלקות וא״כ בעשיר כו׳ לילקי דלא גרע עני מעשיר דהיכא דלא קיים העשה שבו לקי מיהו גם בלאו דלא תשיג תקשי כו׳ וא״כ על לאו דלא תשיג נמי איכא מלקות כו׳ וממילא בכלאים דליכא עשה לילקי עכקוש״י והניח בל״ע. הנה מה שדחה תי׳ הט״ז מד׳ הרמב״ם שכ׳ גבי אבד או נשרף כו׳ הוא עלמו דחה

זה

זה אה"כ דא"כ גם בלאו דלא תשיג תקשי כו' אך יש לדחות תי' הט"ז הנ"ל מד' הרמב"ם שכ' בריש הלכות תמורה וז"ל ולמה לוקים על התמורה והרי הלאו שבה ניתק לעשה כו' ועוד שאין לאו שבה שוה לעשה שהצבור והשותפין אין עושין תמורה אע"פ שהם מוזהרים שלא ימירו עכ"ל. הרי להדיא שס"ל להרמב"ם דאם יש לאו אחד כולל והעשה הוא פרטי שלוקה על הלאו אף על הפרט שניתק לעשה כיון שיש בלאו פרט אחד שלא ניתק לעשה היפוך מד' התוספות הנ"ל וא"כ ה"נ ילקה אף המנשכן את העני והדרא קושי' הנ"ל לדוכתא דל"ל כתי' הט"ז הנ"ל:

וכן ראיתי במשל"מ שם שהק' קושי' זו על הרמב"ם ורלא ליישב כהט"ז הנ"ל ואח"כ דחה זה מד' הרמב"ם דריש תמורה הנ"ל וגם ליין על התוס' דחולין. ומד' הקצה"ח משמע דלא ראה ד' המשל"מ שהרי לא הביאו ובתומים בס"ק ז' כ' ליישב קושי' הנ"ל דודאי ניתק לעשה דהוא ממילא שפיר אמרינן כמו בתמורה לחומרא דשויל דבציבור ליתא אף ביחיד לוקה כו' אבל דל"ל קום ועשה א"כ א"א דילקה דלא יתכן לומר לו קום ועשה להלקותו וע"כ דאין בלאו הזה מלקות וא"כ אמרינן להיפוך אף גבי מקום דאין בו קום ועשה אין בו מלקות כו' ולכן כאן בהמוכר דאמרינן קום החזיר כו' אין כאן מלקות אף במקום דל"ש קום ועשה. וסברא הלזו לחלק בין ניתק לעשה דתמורה לשאר ניתק לעשה כ' התוס' בחולין פ"א דהך דתמורה לא הוי ניתק גמור דבלאו מעשה יהי' הוא ותמורתו קודש כו' עכ"ד. ובאמת מד' התוספות ביומא ל"ו ב' ד"ה לאו דנגלה כו' מבואר להיפוך מד' התומים שכ' וז"ל דלהכי לא קאמר טריפה דאפילו ר"י הגלילי לא חשיב ניתק כיון דלא ניתק כל מה שבלאו דבלאו כולל נמי קדשים שאלו חוץ למחילתן ואהנך לא קאי לכלב תשליכון עכ"ל. הרי דס"ל להתוספות דהיכא דהלאו כולל יותר לא חשיב ניתק ואף דאין העשה נתקיים מאליו מ"מ לא הוי ניתק ודלא כהתומים ועי' במשל"מ שם שמרמז על ד' התוס' אלו. אך על הרמב"ם שפיר י"ל כהתומים הנ"ל עפ"ד התוספות בחולין פ"א ולא ס"ל להרמב"ם כהתוס' יומא הנ"ל ועי' בטעם המלך בפ"א מהלכות חמץ ומצה הל' ג' שכ' נמי ליישב ד' הרמב"ם דשם עפ"ד התוס' דחולין הנ"ל והיינו כמ"ש התומים ליישב ד' הרמב"ם הנ"ל והביא שם ד' התומים והאריך בזה. ועי' במנחת חינוך מצוה א' ובמצוה ל"א ובשושנת העמקים כלל י' ובספר מנחת הבקר בב"מ קט"ו ובמעיני החכמה שם קי"ג ב' ד"ה שליח כו' ובספר ברית יעקב חיו"ד סי' מ"ט מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף יד (ד) **אבד** המשכון או נשרף לוקה. והוא מד' הרמב"ם בפ"ג מהלכות מלוה הלכה ד' וסיים שם ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין והראב"ד השיג עליו והמ"מ מיישב ד' הרמב"ם ועי' בתומים בס"ק י"א ובקצה"ח בס"ק ה' ובסימן ע"ב ס"ק ג' ובשעה"מ בפ"א מהלכות חמץ ומצה הלכה ג' ובטעם המלך שם וביבין שמועה כלל ר"ב ובחמדת שלמה בחידושיו לב"מ קט"ו ובס' מנחת הבקר שם ובדברי חיים בדיני גביית מלוה סי' א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף כא (ה) **בהג"ה** ובלבד שלא יהי' תוך זמנו. עי' בסמ"ע ס"ק מ"ד מה שהק' מלעיל סי' ע"ח ובש"ך ס"ק י"א ועי' בתומים בס"ק י"ט ובדברי משפט בס"ק א' ובדברי חיים שם ובס' נחל יצחק בס"ק ג' מ"ש בזה ועי' בקצה"ח בס"ק י"א שכ' ליישב דיש לחלק בין מגו להפה שאסר כו' ועי' בבית יהודא מה שהשיג עליו ועי' לעיל בסימן ע"ח ס"ק ד' מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן צח

סעיף א (א) **ואין** או' מחל לו כו'. מד' המחבר אלו מוכח דס"ל דמחילה מהני אף בתפס שטרא מדכ' אין או' מחל לו מכלל דאי מחל לו מהניא אע"ג דאכתי תפס שטרא והיינו דלא כהסמ"ע לעיל בסימן י"ב ס"ק כ"א אלא כהט"ז שם והמ"מ באה"ע סי' ק"ה ס"ק י"ד והב"ש שם ס"ק י"ב ועי' בהפלאה בקו"א שם ס"ק ה' ובתומים בסימן י"ב ס"ק א' ובדברי משפט שם ס"ק ד' ובבית יהודא שם ובט"ב מהדו"ת חחו"מ סימן ל"ב מ"ש בזה וכן ראיתי בס' משנת דר"א שהוכיח כן מד' המחבר הנ"ל. ועי' בשעה"מ בס"ק א' שהביא בשם מהרי"ט דמחילה בלב לא מהני דהוי דברים שבלב אם לא היכא דאיכא אומדנא דמוכח כו' והאריך בזה ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק ב' שמסתפק בזה אי מהני מחילה בלב ולא הביא ד' המהרי"ט הנ"ל ועי' בנחל יצחק ס"ק א' מ"ש והאריך בזה ועי' לעיל בסימן י"ב ס"ק ב' מ"ש על ד' השעה"מ והארכתי בזה יעוש"ה:

סימן צט

סעיף א (א) **ואמר** של אחרים הוא. עי' ש"ך ס"ק ג' מ"ש על המ"מ ועי' בתומים בס"ק ב' שהשיג עליו ועי' בקצה"ח בס"ק ב' שהשיג על התומים וכן הדברי משפט בס"ק א' השיג על התומים ומיישב קושי' התומים וכ' דדוקא אם בשטה דבא בע"ח לגבות אמר מטלטלין אלו של אחרים א"כ כו' אבל אם הודה דמטלטלין אלו של אחרים קודם דבא בע"ח לגבות אין בע"ח גובה והאריך בזה:

(ב) **בהג"ה** ויש חולקין כו'. בש"ך בס"ק ו' השיג על הרב וכ' דכ"ע ס"ל דא"כ לומר על מטלטלין שנמצא ת"י דשל אחרים הוא כדי להפסיד להבע"ח ואף שיש לו מגו דאין או' מגו נגד חזקה כו' רק גבי שטר אף דהשטר הוא ת"י כיון דאין המעות ת"י בזה נאמן במגו ובתומים בס"ק ב' השיג על הש"ך וכ' דמד' התוספות ב"ב נ"א ב' ד"ה קבל כו' ומד' הרמב"ן שם ומד' הרא"ש שם וכ"פ באה"ע סי' פ"ו כו' מוכח דאמרינן מגו נגד חזקה זו. וכן יש ראי' מפ' זה בורר גבי ראיתי אביכם שהטמין מעות כו' אם הם במקום שהי' יכול לתנם נאמן במגו כו' והא הוי במקום חזקה כו' א"ו מוכח דאמרינן מגו נגד חזקה כו' ופ' כן דלא כהש"ך ועי' בדברי משפט בסימן ס"ב ס"ק א' שדחה ראי' התומים מד' התוספות דב"ב דהתם היא מוחזקת כו' נאמנת במגו אף דהוי נגד חזקה כו' וכמ"ש הר"ן בשבועות מ"ז גבי נסכא דר"א כו' אבל כאן דהנכסים הם ביד לוה ואמר לוה דהנכסים הם של פלוני ומשועבדים למלוה וכיון דמשועבדים הם למלוה אין הלוה נאמן לומר של פ' הם אף דאית לי' מגו עכ"ד והאריך בזה. ודבריו נכונים וכ"כ הנתיבות לעיל בסימן מ"ז ס"ק ג' ליישב כן קושי' הקצה"ח שם בס"ק ד':

ויש להסביר הדבר יותר לפמ"ש בשמן רקח ח"א באו"ה סימן ז' אות י"ב דהמוחזק בממון בלא תפיסה יש לו סברא ומעלה מעלה יש לו שהרי הממון בידו כו' וגם יש לו סברא דאמרינן מלד הסברא דהממון הוא שלו דאוקי ממונא בחזקת מ"ק כו' והתופס בעדים לא הוי רק מעלה ולא סברא כו' וכ' דמזה הטעם ל"א מגו להוציא וכן אין הולכין בממון אחה"ר מה"ט דמגו או רוב הוי סברא והמוחזק הוי מעלה וסברא ואוקי סברא להדי סברא ונשאר להמוחזק מעלה ומש"ה אין מוציאין מהמוחזק. וכ' דמה"ט אמרינן מגו להוציא בברי ושמא וכן י"ל דבברי ושמא הולכין בממון אחה"ר וגם כ' דמה"ט א"י א"פ חייב כו' ומיישב בזה קושי' התומים על הש"ך בסימן ל"א והאריך בזה בדברים נכונים והבאתי דבריו לעיל בכללי תפיסה סימן ו' ובסימן ע"ה ס"ק י"ג יעוש"ה. וא"כ שפיר כ' הדברי משפט הנ"ל דהתם בב"ב כיון דהיא מוחזקת ויש לה מגו הרי יש לה מעלה וסברא וחזקה דכל מה שת"י הרי הוא שלו הוי רק סברא ואוקי סברא נגד הסברא ונשאר המעלה שיש להאשה ומש"ה נאמנת

נאמנת במגו אבל הכא דהם בחזקת המשועבד למלוה א"כ אין ללוה מעלה רק סברא יש ללוה מצד המגו וכיון דיש להמלוה נמי סברא משום חזקה דכל מה שת"י האדם כו' וא"כ אוקי סברא להדי סברא וא"כ הלוה להוציא מחזקת המלוה וכן הוא נמי סברת הנתיבות הנ"ל ועי' לעיל בסימן מ"ז ס"ק א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ומה שהביא התומים ראיה מפ' זה בורר כו' עי' בנתיבות בסימן ס"ב ס"ק ט' ובדברי חיים בדיני ג"מ וג"ח סימן ד' מ"ש לדחות ראיה זו וא"כ לענין דינא העיקר כהש"ך דליכא מגו במקום חזקה דכל מה שת"י האדם הרי הוא שלו רק בשטר נאמן במגו כיון שאין המעות ת"י ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק א' ובספר נחל יצחק בס"ק א' ובספר מראות הצובאות באה"ע סימן י"ז ס"ק פ"ט ובח"ס סופר באה"ע ח"א סי' פ' ובספר שם ארי' חחו"מ סי' ג' ובספר מלבושי יו"ט חאה"ע סימן ט"ו מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן קא

סעיף א (א) **אם** יש לו מעות כו'. עי' בקצה"ח בס"ק ה' שכ' דהא דבע"ח דינו בזוזי אינו אלא מדרבנן והוכיח כן מד' התוס' בכתובות נ"ב א' ד"ה אי פקח ומד' הרא"ש שם וכן הוא בטור כאן שכ' דהיכא דליכא פסידא ללוה אם יפרע מעות יכול לדחותו לתן לו קרקע כו' ואי נימא דהוי דאורייתא מנלן לחלק במקום פסידא אבל אי נימא דהוי דרבנן הם אמרו והם אמרו במקום פסידא עכ"ד. וכ"כ הסמ"ע לקמן בסי' ק"ל ס"ק י"א דמה"ת יכול לסלק לבע"ח אף בזיבורית אף שיש בידו מעות כו' הרי דס"ל דזה אינו אלא מדרבנן וכמ"ש הקצה"ח. אך הנתיבות לקמן בסימן ק"ז ס"ק ד' כ' דהא דבע"ח גובה בזוזי הוא מה"ת ומד' התוספות והרא"ש והטור והסמ"ע הנ"ל מוכח כהקצה"ח ולא ראה הנתיבות ד' התוספות והרא"ש והטור והסמ"ע הנ"ל ועי' בספר נחל יצחק בס"ק א' ובסימן ע"ה ס"ק ו' מ"ש בזה על הנתיבות יעוש"ה :

סימן קב

סעיף א (א) **מגבין** לו כו'. עי' בשטמ"ק בס"ק א' מ"ש לענין מחייב א"ע בשטר בדבר שאינו חייב אי מגבין לו מן הבינונית כו' :

סעיף ב (ב) **הי'** לו. עי' בדברי משפט בס"ק א' מ"ש לענין הא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח כו' ומ"ש בזה ליישב ד' רש"י בכתובות נ"ב א' והאריך בזה :

סעיף ד (ד) **ומכרה** כו'. עי' בתומים בס"ק ו' ובנתיבות בס"ק ב' ובס' משנת דר"א מ"ש לענין אם נשתדפה הך עידית מה דינו כו' ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק ט' מ"ש בזה יעוש"ה :

סימן קג

סעיף ט (א) **השיגה** ידו של לוה כו' עי' בשטמ"ק בס"ק ז' מ"ש להסתפק בלוה שעשה למלוה אפותיקי מפורש וכשבא זמן הפרעון לא הי' ללוה לשלם מעות וגבה המלוה הקרקע אי אמרינן בכה"ג שומא הדרא כו' והאריך בזה ולבסוף הביא ד' הריטב"א בפ' המפקיד כו' ועי' בספר ברית יעקב חחו"מ סי' נ"ו מ"ש על ד' הריטב"א והאריך בזה יעוש"ה :

(ב) **אינו** נוטל הוצאתו. בטור כ' דיש פלוגתא בין הגאונים בזה וכ' הב"י דמספיקא דיינינן בי' קולא לנתבע ולהכי פ' דאינו נוטל הוצאתו דס"ל לוה שבידו לסלק למלוה במעות מקרי מוחזק בקרקע ומש"ה פ' קולא לנתבע והוא הלוה ובסמ"ע בס"ק ט"ו כ' להיפוך דהמלוה שקבלוהו בשומת ב"ד והשליטוהו לו מקרי מוחזק כו' לכן הלוה מקרי תובע כו'. והט"ז כ' כהמחבר והביא ראיה מפ' לא יחפור גבי ספק איזה קדם כו' התם ס' והכא ודאי כו' והחכם צבי השיג עליו ודחה ראיה הנ"ל וכ' דהעיקר כהסמ"ע. ובקצה"ח בס"ק ו' כ' דכד' הסמ"ע מבואר בהרא"ש בפ' המקבל גבי דינא דבר מצרא כו' והק' על המחבר דכאן ס"ל דהלוה הוי מוחזק ולקמן בסימן קע"ה פ' כהרא"ש דלוקח הוי מצרן וכ' דיש לחלק בין ספיקא דגוף המעשה כו' להיכא דהוי מחלוקת בין הפוסקים כו' עכ"ד. ובאמת אין מוכרח לחלק בין ספיקא בגוף המעשה להיכא דהוי מחלוקת בין הפוס' די"ל כמ"ש בדברי משפט בס"ק א' די"ל דאף דקי"ל דלוקח שלוחא דמצרן מ"מ כיון דאיכא ספיקא ואין למצרן חזקת מ"ק וכיון דמצרנות אינו אלא מדרבנן הקרקע בחזקת לוקח קיימא כו'. אבל בשומא הדרא אף דאינו אלא מדרבנן מ"מ הא כ' הש"ך דאין לוה צריך קנין ממלוה ותק"ח דשומא הדרי והוי כאלו לא יצא מרשות לוה והוי כאית ללוה חמ"ק ומש"ה אמרינן כיון דקרקע הוא ודאי ללוה אלא דספיקא הוא כמה דמים יתן הלוה נקרא מוחזק עכ"ד. ועי' בתומים בס"ק י' ובנתיבות בס"ק ט' מ"ש לחלק בזה ועי' עוד בדברי משפט שהביא ראי' להט"ז מד' הרמב"ן בחידושיו לב"ב כ"ג גבי אין חזקה לניזקין והאריך בזה. ועי' בספר משנת דר"א שהק' על הסמ"ע מלקמן סי' שס"ב סעיף ו' ומאה"ע סימן פ"א סעיף ז' והניח בצ"ע וא"כ מוכח מהא דסי' שס"ב ואה"ע סי' פ"א כהמחבר וכן עיקר לדינא ועי' בדברי משפט בסוף הס' בחידושים של בן המחבר מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף י' (ג) **שמין** קרקע של אשה. בש"ך בס"ק י"א הביא בשם מהרש"ל בתשובה דבכתובה ל"א שומא הדרא ורמ"א חולק וס"ל דאף בכתובה אמרינן שומא הדרא וכן פ' הש"ך ועי' בדברי משפט בס"ק ב' שהביא ראי' מד' התוספות בכתובות נ"ד א' ד"ה כגון שנמצאת דאף בכתובה אמרינן דשומא הדרא והאריך בזה ועי' בתומים בס"ק ט"ז מ"ש והאריך בזה :

סימן קד

סעי' א (א) **וגבה** קרקע כו' מוציאין מידו. עי' בקצה"ח בסי' ק"ז ס"ק ה' שכ' להסתפק בבע"ח מאוחר שקדם וגבה קרקע ובא המוקדם להוציא ממנו אם יכול לסלק המוקדם במעות ופשט מסברא דנפשי' דיכול הבע"ח מוקדם לומר אי אפשי אלא בשעבודי ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכ' דאינו יכול לסלק לבע"ח מוקדם בזוזי והביא ד' התוספות בכתובות נ"ד א' ד"ה שנמצאת כו' שכ' בהדיא כן ועי' בדברי משפט בסימן ק"ז ס"ק ד' שהביא נמי ראיה מד' התוספות אלו והיינו דלא כהקצה"ח הנ"ל ועי' בספר נחל יצחק בסימן ק"ז ס"ק ג' שהשיג על הקצה"ח מד' התוספות הנ"ל :

סעיף י"ג (ב) **מלוה** ע"פ קודמת. עי' ש"ך ס"ק כ' ועי' בשערי דיעה שער כ' דין י"ד אות ו' ואות י' ובספר משנת חכמים הלכות דיעות סימן ז' ביבין שמועה אות ג' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף טז (ג) **אין** בע"ח נוטל ברצוי. עי' ש"ך ס"ק כ"א שכ' דבע"ח נוטל ברצוי כו' והאריך בזה ועי' בתומים בס"ק י"ד ובקצה"ח ס"ק ט"ו ובנתיבות ס"ק ט' ובדברי משפט ס"ק ד' ה' ובשפה"מ בפ"א מהלכות מלוה ולוה הל' א' ובהפלאה בכתובות ל"א ב' ד"ה יש בגר ובתשובות רע"א סי' קל"ב ובבריח אברהם חחו"מ מסימן ט' עד סימן י"ג ובמשכנות יעקב חחו"מ בסוף הספר בהגהות שם מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן

סימן קה

סעיף א (א) **ואפי'** עשאו שליח כו'. כן הוא דעת התוס' בב"מ י' א' ובגיטין י"א ב' והשיגו על רש"י דס"ל דבעשאו שליח קנה נמי הכותב גבי עובדא דיימר בר חשו ועי' בהגהות חכמת שלמה שהק' ד' רש"י אהדדי דבב"ק ע' א' בסוגיא דלא כתבינן הורכתא כו' מוכח מפרש"י דאף בעשאו שליח הוי תופס לבע"ח ולא מהני כו' והניח בל"ע וכבר הקדימו בקושי' זו התומים בס"ק א' וכ' דרש"י בב"מ לא אמרה לפי המסקנא והאריך בזה וכן הק' בספר יש התלמוד בב"ק שם ועי' במפרשי הים שם מ"ש בזה ועי' בקצה"ח ס"ק ג' מ"ש בזה ועי' בנתיבות בס"ק ב' ובשעה"מ ס"ק א' ובמחנה אפרים הל' שלוחין סימן כ"ז ובפ"י בב"מ שם ובכתובות פ"ד ב' ובהפלאה שם ובמעיני החכמה בב"מ שם ובמה"ב שם ובספר מנחת הבקר שם ובגרש ירחים בגיטין שם ובתשובות רע"א הנדפס מחדש סי' קי"ב ובספר בית הלוי ח"ג סי' מ"ד מ"ש ליישב ד' רש"י מקושי' התוספות הנ"ל ועי' עוד בדברי משפט ובקצה"ח ס"ק א' מ"ש ליישב קושי' התוס' בגיטין שם ועי' עוד בדברי משפט בסימן רמ"ג ס"ק ד' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח מב"מ כ"ב גבי כלך אצל יפות. ועי' עוד בקצה"ח מה שהשיג על הפ"י בכתובות שם שכ' דמש"ה לא מהני היכא דחב לאחרים משום דהוי שליח לד"ע ועי' בחת"ס סופר באה"ע ח"א סימן ק"נ ובתשובות בית אפרים האה"ע סי' קי"ד מ"ש בד' הפ"י והאריכו בזה יעוש"ה ועי' עוד בתומים שהביא ד' מהר"א ששון שכ' דהריטב"א בגיטין הסכים לפרש"י ובאמת מבואר להדיא בריטב"א שלפנינו בגיטין דס"ל דלא כרש"י ואף בעשאו שליח לא מהני היכא דחב לאחרים והשיג על רש"י מהא דיימר בר חשו יעוש"ה :

סעיף ב (ב) **מגו** דאי בעי זכה. עי' בסמ"ע בס"ק ג' שהשיג על הב"י וכ' דהיכא דתפס יותר מכדי חובו לא מהני התפיסה ביותר מכדי חובו ובש"ך בס"ק ג' הסכים להב"י והביא ראיה מפ"ק דמציעא כו' ועי' בתומים בס"ק ג' ובקצה"ח ס"ק ב' ובנתיבות ס"ק ג' ובדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר ובנו"ב מהדו"ק חהו"מ סימן י"ז ובקרבן נתנאל בפ"ק דגיטין אות ע' ובגרש ירחים בגיטין י"א ב' בתוספות ד"ה התופס ובספר מי נפתוח בקדש לענין מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ג (ג) **אם** הלוה אמר כו'. בסמ"ע בס"ק ב' הביא ד' רבינו ירוחם נתיב כ"ב ראובן ששלח שלוחו ליקח מן העובד כוכבים בחובו וכן עשה ומשכו והגביהו על העגלה וכשהביאו לעיר נתנו לשמעון שהי' חייב לו ג"כ שזכה שמעון ועי"ש שנתן טעם לדבריו עכ"ד. ובדרי"ו שם כ' הטעם משום דאין שליחות לעובד כוכבים ועוד דה"ל שליח תופס לבע"ח כו' ועוד דדלמא קי"ל כרש"י דישראל במשיכה ולא מיד עובד כוכבים אלא בכסף כו' וקי"ל בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה במטלטלין עכ"ל רי"ו הובא דבריו בבאר הגולה ס"ק ב'. ובתומים בס"ק ד' כ' דהני תלתא טעמי בהדדי שייכי דקנין ליכא דלא מהני משיכה בעובד כוכבים ומשום דעובד כוכבים אמר לי' להביאו לראובן אין שליחות לעובד כוכבים ובשביל דישראל עשהו שליח לתפוס כו' ע"ז אמר שפיר דהוי כתופס לבע"ח כו' וא"כ לפ"מ דפ' המחבר כו' דישראל מישראל קונין בכסף א"כ לעובד כוכבים במשיכה וא"כ ליתא כל טעמיה של רי"ו כו' עכ"פ יפה עשה המחבר שהשמיטהו כו' כי לפי דקיי"ל דמשיכה קונה בעובד כוכבים ליתא לדין זה עכ"ד. ובאמת אין זה מוכרח דאף דקי"ל דישראל מישראל בכסף דבר תורה מ"מ יש מחלוקת הפוס' גבי עובד כוכבים לענין בכור ולענין חמץ וכן השיג עליו הקצה"ח בס"ק ה'. עוד כ' התומים להקשות על רי"ו מהא דקי"ל נכסי עובד כוכבים הרי הן כמדבר כו' וא"כ לו יהי' דישראל המשלח לא זכה בו מ"מ העובד כוכבים אסתלק והרי הוא הפקר כו' וזכה השליח בעבור ישראל המשלחו עכקוש"י.

ועי' בתשובות רע"א סי' קכ"ט שכתב ליישב קושי' התומים דרי"ו ס"ל כהתוספות ב"מ ע"א ב' ד"ה בשלמא דהוי נמי שלוחו דהמזכה ואמרינן בי' אין שליחות לעובד כוכבים וכ' דזהו נמי כונת התוס' בגיטין י"ג ב' ד"ה במעמד שלשתן כו'. וכן ראיתי במחנה אפרים הל' שלוחין סימן כ"ג שכ' דהרי"ו ס"ל כהתוספות הנ"ל אבל באמת נ"ל הכי בדעת רי"ו וכמ"ש בדברי חיים בדיני ג"מ וג"ח סי' א' דהא משמע מד' רי"ו דאי משיכה קונה בעובד כוכבים זכה ראובן וכמ"ש התומים ולפ"ד התוס' הנ"ל אף אי משיכה קונה בעובד כוכבים מ"מ הא העובד כוכבים שמסר היין לא הפקיר היין רק מסר לפרעון חוב וממילא הוי גם שליח מעובד כוכבים ואין שליחות לעובד כוכבים ומה מהני דמשיכה קונה ונעשה שליח של ישראל הא נעשה גם שליח של העובד כוכבים ואין שליחות לעובד כוכבים עכ"ד. והשיג על המחנ"א הנ"ל דאדרבא מוכח להדיא דרי"ו חולק על התוספות אלא ס"ל כדעת הריטב"א שהביא השימקו"ב שם כו' והאריך בזה ועי' בתומים לקמן בסי' קכ"ו ס"ק כ"ז מ"ש בזה וא"כ הדרא קושי' התומים הנ"ל לדוכתא :

ובקצה"ח כ' ליישב משום דבע"ח גובה ממה שהפקיר הלוה אפילו במלוה ע"פ כו' זכה שמעון עכ"ד. ועי' בדברי חיים שם מה שהשיג עליו והעיקר בקושי' התומים הנ"ל כמו שתי' הדברי חיים שם דאף שמכר העובד כוכבים היין כדי לסלק לראובן חובו מ"מ אין דעת העובד כוכבים לסלק א"ע ולהפקיר כי ירא שמא יתבע עוד ממנו הישראל המשלח את חובו ואם יקח אחר ממנו יבוא עוד הישראל המשלח עליו ולזה ל"ה עוד כהפקר וכיון דל"ה הפקר א"א שיקנה הישראל המשלח דמשיכה בעובד כוכבים א"ק ושיהי' לו זכי' מטעם תופס לבע"ח ל"מ התפיסה כיון דהוי חב לאחרים. אבל התם בסימן קל"ד שהעובד כוכבים מקנה המטלטלין שפיר אמרינן כיון שהעובד כוכבים נסתלק מהחפץ הוי הפקר וכיון שלא זכה עוד המקבל קונה הנפקד מהפקר עכ"ד יעוש"ה. עוד כ' הקצה"ח דרי"ו מיירי שהעגלה היתה של שלוחו דאלו היתה של ראובן הי' העגלה שהוא חצרו זוכה לו דחצר ל"ש תופס לבע"ח כו' ול"ש בי' מגו דזכי לנפשי' ול"ל דבחצר כיון דבע"כ מותיב בה קנה אפי' חב לאחרים כו'. והנ"י כ' בשם הר"ן דחצר דמציאה משום יד הוא ולא משום שליחות כו' וע"כ מועיל אפילו במקום דחב לאחרים וא"כ ע"כ מיירי בחצר שאינו שלו כו' או שהי' עגלה שאינה משמרת בתוכה ואע"ג דהשליח עומד בצדו לא מהני דבעינן שיהי' הוא עצמו עומד בצדו ושלוחו לא מהני דהוי תופס לבע"ח כו' עכ"ד וכ"כ השעה"מ בסימן ק"ד ס"ק ה' דחצר קונה אף דהוי חב לאחרים כו' והביא ראיה מחצר דקונה מציאה וכ' כן לדבר פשוט ולא הביא ד' הנ"י הנ"ל. ולכאורה ד' הנ"י תמוהים דהא מסקינן בב"מ י"א דקטן מקטנה לא ילפינן וא"כ בגברא לא הוי חצר כידו :

וכן ראיתי בתשובות רע"א בסימן קל"ג שהק' כן וכ' דל"ל דחצר עדיפא דהוי כמו פועל דמהני תפיסתו אף דהוי חב לאחרים וא"כ שפיר י"ל כהקצה"ח והשעהמ"ש הנ"ל אך הגאון רע"א שם כ' דזהו רק לשיטת התוס' דמחלקי בין הא דתופס לבע"ח לא מהני והמגבי' מציאה לחבירו קנה דהיינו משום דאי בעי זכי לנפשי' א"כ מוכח דחצר עדיפא אבל לשיטת הרמב"ן כו' דמתרץ דמציאה לא מקרי חב לאחרים דהוי רק מניעת ריוח כו' א"כ אין ראיה מזכיית חצר במציאה לזכיית חצר לענין קדם וגבה כו' וא"כ שפיר יש לדון להרמב"ן לדידן דלא ילפינן קטן מקטנה ובגברא חצר רק משום שליחות אתרבאי וי"ל דלא מהני זכיית חצר להיות קדם וגבה עכ"ד. והביא בשם הבית מאיר שכתב הטעם דתופס לבע"ח כו' לא קנה משום דהוי כעין עבירה ואין שליח לד"ע והיינו כד' הפ"י הנ"ל בס"ק א' והשיג עליו וסיים דין זה בל"ע יעוש"ה ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה בסעיף א' על ד' המחבר שכ' ואפילו עשאו שליח. ולפי טעם ב' של הקצה"ח הנ"ל משום דחצר בע"כ מותיב בה קנה

אפילו

אפילו כתב לאחרים כו' שפיר י"ל בדין של הגאון רע"א הנ"ל דמהני זכיית חצר לענין קדם וגבה וכמ"ש השעה"מ הנ"ל ואכ"מ מקום להאריך בזה :

סימן קו

סעיף ב (א) **ראוי** לאשונה כו'. עי' ש"ך בס"ק ו' שהביא ד' המבי"ט שכ' דבשטר שאינו מקוים והלוה מודה שכתבו דגובה מלקוחות כו' והש"ך השיג עליו דחיישינן לקנוניא והביא ראי' והאריך בזה ובאמת מוכח מד' התוספות בשבת ע"א ב' ד"ה ת"ק סבר כהמבי"ט שכ' וז"ל וי"ל דמועיל לו השטר דמתוך כך כו' אי נמי לטרוף ממשעבדי הם יודה הלוה שאינו מזויף עכ"ל. הרי להדיא דס"ל להתוס' דאף למ"ד נמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו מ"מ מהני הודאת הלוה לטרוף אף ממשעבדי וכהמבי"ט הנ"ל וכן ראיתי בספר משנת דר"א ובספר נחל יצחק בס"ק א' שהביאו ראיה זו מד' התוספות אלו להמבי"ט ועי' בספר משנת דר"א בסימן פ"ה סעיף כ"ח שכ' דמוכח מד' הטור שם כהש"ך דאין המלוה טורף ממשעבדי כו' יעוש"ה ועי' בתומים ס"ק ג' ובקצה"ח ס"ק ב' ובט"ז בסי' ל"ט סעיף ט' ובשערי בינה שער כ' דין י"ד אות ו' מ"ש בזה. והנה מד' הש"ך הנ"ל מוכח דס"ל דאף בלא נפל חיישינן לקנוניא וכ"כ הש"ך בסימן מ"ח ס"ק ב' ובסימן ע"ט ס"ק ל' ובאמת הש"ך סותר ד"ע דבסימן נ"ג ס"ק ב' ובסימן ס"ט ס"ק ו' ובסימן ע"ה ס"ק מ"ח ס"ל להש"ך דהיכא דלא נפל לא חיישינן לקנוניא וכן הק' בשערי בינה שם ועי' בנחל יצחק מ"ש והאריך בזה :

—

הלכות גביית חוב מהיתומים

סימן קז

סעיף א (א) **מצוה** על היורשים כו'. עי' סמ"ע בס"ק א' שכ' דבמטלטלין נמי איכא מ"ע דכבוד אב שגנאי הוא לאביהם שיהא בכלל לוה רשע ולא ישלם והם ירשו את ממונו כו' עי' בפרי תבואה סי' ס"ע ובשמן רקח ח"א ביו"ד סי' מ"ה בהג"ה שכ' דלפ"ד הסמ"ע אלו א"כ לפמ"ש הש"ך לעיל בסימן ל"ז ס"ק י"א דבנזקין ל"א לוה רשע ולא ישלם א"כ ל"א בנזקין מלוה על היתומים כו' ומיישבים בזה ד' הגמ' בב"ק י"ד ב' גבי הא דפריך אי ביתמי אימא סיפא כו' וכ"כ בחת"ס סופר חהו"מ סימן ק"כ דבנזקין ל"א מלוה על היתומים כו' ועי' בספר נחל יצחק בסימן ט' ס"ק א' ובסימן ק"ה ס"ק ב' ובבאר יצחק חהו"מ סימן ב' מ"ש בזה יעוש"ה :

(ב) **אין** כופין כו'. עי' בסמ"ע ס"ק ב' שהביא ד' הרמב"ן שכ' דאם הב"ד רוצים לכוף הרשות בידם כו' וכ' שהתוספות והרא"ש פליגי אהרמב"ן כו' והש"ך בס"ק א' השיג עליו וכ' דהתוספות והרא"ש לא פליגי אהרמב"ן ומודים דאם רצו כופין והנתיבות בס"ק א' כ' דאף דמוטל מלוה על היתומים לפרוע חיובו דגופא הוא דאיכא אבל מ"מ גוף המטלטלין אינן יוצאין מרשות היתומים כו' וגם הן גזל בידו כשמחזיק בידו כו' ומיישב בזה קושי' התומים בס"ק א' ולפ"ד מיושב קושי' הקצה"ח בס"ק א' שהק' על הש"ך מד' הרמב"ם שכ' ובמערב כותבין בשט"ח כו' וסייג גדול הוא בדבר שמא לא ידע הלוה בהתקנה ונמצא גובין ממון של יתומים שלא כדין שאין כח בתקנת אחרונים לחייב בהם יתומים כו' ואם נימא דאם רצו ב"ד כופין כו' א"כ למה לא יהא כח בתקנת אחרונים לתקן על שיה"י בכך כיון דאם רצו כופין עכקוש"י. ולפ"ד הנתיבות הנ"ל ניחא כיון דהוי גזל בידו דגוף המטלטלין אינן יוצאים מרשות היתומים ושפיר ד' הרמב"ם שכ' שאין כח בתקנת אחרונים כו' אף לשיטת הש"ך ולק"מ קושי' הקצה"ח הנ"ל ועי' בחת"ס סופר חהו"מ סי' קע"ז מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה ועי' בהגהות חכמת שלמה מ"ש בזה :

(ג) **לפרוע** חוב אביהם. עי' במשל"מ בפי"א מהלכות מלוה הלכה ז' שכ' להסתפק מדינא דגמ' אי מת אביהם והניח הקרקעות ומטלטלין ובא א' ותפס מטלטלין שלא בעדים וטוען דאביהם חייב לו דנאמן במגו כו' אי מהני תפיסה היכא דא"י לגבות דבר התפוס בעד החוב היכא דאית לי' מגו עי' בדברי משפט בס"ק א' שהאריך בזה והניח דין זה בצ"ע.

ועי' עוד בדברי משפט בס"ק ב' שכ' דהרשב"א ס"ל כטעם הב' של הריב"ם דהגאונים תקנו לכוף על מלוה זו לקיים מצות פריעת בע"ח ולא ראה ד' הר"ן בפ' מציאת האשה ס"ז א' גבי גמלים של ערביא כו' דהביא בשם הרשב"א דס"ל כטעם הא' של הריב"ם דבדורות הללו הוי מטלטלין כקרקע כו' והובא בחמ"ח באה"ע סי' ק' ס"ק ב' יעוש"ה :

(ד) **שיהא** בע"ח גובה מהיורשים. עי' בתומים בס"ק ח' שכ' ואם נתנו במתנת ש"מ יש מחלוקת רבוותא כו' והאריך בזה וסיים דדין זה הוי ספיקא דדינא עכ"ד וא"כ אינו גובה מהם כיון דהם מוחזקים וכ"כ באורים ס"ק י"ב דא"ג מהם ובאמת דהתומים סותר ד"ע דלעיל בסימן ס' באורים בס"ק ו' הביא בשם מהרי"ט להלכה דדוקא במתנת בריא אבל במתנת ש"מ כיורש שוי' רבנן ואפי' מלוה ע"פ בלי שעבוד מע"ק גובה מהם עכ"ד והכא ס"ל דא"ג מהם ועי"ש בס"ק א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ועי' עוד בתומים ס"ק ג' שהביא ד' הרשב"א בסוף קידושין דס"ל דלמ"ד שד"א אף מטלטלין משעבדי מה"ת כו' ומ"ש עליו ועי' בס' נחל יצחק ס"ק א' מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' ל"ט ס"ק ב' מ"ש על ד' הרשב"א יעוש"ה :

סעיף ד (ה) **וי"א** שאינו גובה. עי' בתומים ס"ק ה' מה שהק' מד' הטור בסימן ק"ד בשם הרא"ב"ד כו' ועי' בקצה"ח בס"ק ו' מ"ש ליישב קושי' זו ועי' עוד בקצה"ח בסימן ק"ח ס"ק א' מ"ש בזה ועי' בנתיבות בס"ק ז' מ"ש ליישב קושי' זו וכ' דטעמא דמשתרשי לי' ל"ש רק למאן דס"ל שעד"א כו' והביא ראיה לזה מבכורות מ"ח כו' ועי' בברית אברהם חהו"מ סימן ח' ובספר משנת חכמים בהל' דיעות סימן ז' ביבין שמועה אות ג' ובספר מעין גנים בסימן ל"ט ובספר נחל יצחק שם בשעבודא דאורייתא סימן ד' ובדברי חיים בדיני ג"מ וג"ח סימן י"ב ובס' חמדת צבי בקידושין כ"ט ב' ד"ה ואזיל מ"ש והאריכו בזה ועי' לעיל בסימן ל"ט ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ט (ו) **טורף** חצי החוב. עי' בקצה"ח ס"ק י' ובנתיבות ס"ק ט' ובמשובב נתיבות ובדברי משפט בס"ק ג' ובס"ק ז' מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן ס"ו בס"ק ו' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

—

סימן קח

סעיף א (א) **שהיתה** הלואה תו"ז. עי' בב"י שהביא בשם בעה"ת שער י"ד שכ' די"א שאין גובין

גובין מהקטנים כשמת תו"ז מדאמרינן כו' איכא בינייהו דשמתוה כו' א"כ בשחייב מודה ולא נקט דמית תו"ז ומסתברא דחדא מינייהו נקט וה"ה לאחרינא עכ"ל. ותמוהים דעת הי"א הנ"ל דמאי הוכחה היא זו דהא הש"ס קאי התם אליבא דר"פ ור"ה ברי' דר"י ואמרינן ב"ב ה' ב' דר"פ ור"ה ברי' דר"י עבדי כאביי ורבא דס"ל דאדם פורע בתו"ז וא"כ ל"ל נפקותא זו ולמה הוצרך הבעה"ת לומר דחדא מינייהו נקט ועי' בתוספות ב"ב שם ד"ה ואפילו מיתמי כו' וכן ראיתי בספר כתונת פסים בסוף ב"ב שהק' כן על הבעה"ת והניח בצ"ע יעוש"ה:

סעיף ג (ב) **שאינם** בני י"ג שנה. עי' בספר משנת דר"א בסימן ק"י סעי' א' מה שהק' על זה יפוש"ה:

סעיף ד (ג) **או** שמת תוך הזמן כו' בש"ך בס"ק ז' הק' דאמאי א"כ אביהם לומר החזרתי בתו"ז הא אכתי אית לי' מגו דנאנסו וכריש ב"ב מבעיא לן אי אמרינן מגו במקום חזקה דאא"פ בתו"ז כו' ועי' בסעהמ"ש בס"ק ה' שכ' ליישב קושי' זו דאבעיית הש"ס הוא כיון דאיכא נמי חזקת ממון עם המגו י"ל דמהני המגו אף נגד החזקה דתו"ז כו' וא"כ הכא בשטר כיס דאף לאחר זמנו איכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי כו' א"כ היכא שהוא תו"ז ודאי ל"א מגו במקום חזקה דלא גרע ממגו להוציא דל"א נגד חזקת ממון איכא חזקה דשבמ"ב דאלים מחזקת ממון כו' עכ"ד והאריך בזה: הנה מ"ש דאבעיית הש"ס הנ"ל הוא משום דאיכא חזקת ממון עם המגו כו' וכ"כ מסברת עצמו ובאמת כ"כ הסימקו"ב ב"ב שם דזהו אבעיית הש"ס הנ"ל וכ"כ בג"ת שער ע"ז ח"ג ובתומים בכללי מגו בסימן ז' יעוש"ה. ולא ראה הסעהמ"ש ד' הסימקו"ב והג"ת והתומים אלו. ומ"ש ליישב קושי' הנ"ל עי' בדברי משפט ס"ק א' שכ' דזהו כונת הש"ך שכתב דכיון דאיכא שטר ביד המלוה ל"א מגו במקום חזקה משום דחזקת דשבמ"ב אלים מחזקת ממון כו' ודאי דחזקה דתו"ז אלים ממגו ועי' בספר משנת דר"א מ"ש בזה ועי' בתומים בס"ק ד' שכתב ג' אופנים ליישב קושי' הש"ך הנ"ל. והש"ך כ' לחלק בין מגו להפה שאסר כו' ואח"כ דחה סברא זו והקצה"ח בס"ק ד' ובסימן ל"ז ס"ק י"א ובסימן ע"ח ס"ק ד' החזיק בסברא זו לחלק בין מגו להפה שאסר והאריך בזה ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכ' דמד' המרדכי בפ"ק דב"ב שהק' אר"ל דיהא נאמן לומר פרעתי תו"ז במגו דמחל והוכיח מזה דטענת מחילה טענה גרועה היא וא"כ אלא במגו כו' מבואר דס"ל דאף מגו ממש תליא באיבעיא זו. וכן מבואר דעת הנ"י בפ"ק דמליעא בסוגיא דתקפה אחד בפנינו שכ' א"כ מגו במקום חזקה ולא איפשטא כו' הלכך הוי קולא לתובע וחומרא לנתבע מבואר ג"כ לדעת הנ"י דלא כש"ך עכ"ד:

ועי' עוד בגליון ש"ע בסי' ע' בסמ"ע ס"ק י"א מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן ע"ח ס"ק ה' ז' מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בסמ"ע ס"ק י"ז שכ' ואע"ג דאינו שכיח מ"מ אין בה העזה כ"כ כמו בהחזרתי לו מש"ה מיחשב מגו עכ"ד. ועי' בהגהות אמרי ברוך שהשיג על הסמ"ע מד' הרשב"א בחידושיו לשבועות מ"ה ב' בשם רבינו יונה ובתולדות אדם להרשב"א סי' רע"ג דכל הכפירת ממון של חבירו הוי העזה אף שאין חבירו מכיר בשקרו ועי"כ מועיל מגו לגבי שדה זו של אביך היתה דהוי כמגו ממעיז למעיז וא"ל דלהחזיר הפקדון בלא לקיחת שטר הפקדון ג"כ טענה גרועה היא דל"ש שיעשה כן הנפקד כו' וכיון שכן הוי מגו מעליא דמלא שכיח לל"ש אמרינן מגו. אמנם א"כ דהחזרתי ג"כ ל"ש הוא קשה דכשם שאין טוענין ליורשים טענת נאנסו כו' כל כך לא יטעון עבור היורשים טענת החזרתי עכ"ד ובאמת לק"מ וכמ"ש התומים בכללי מגו סי' מ"ו דעכשיו מכח מגו דנאנסו מחזיר ופרע ואינו חושש דסמיך אמגו דנאנסו כו' ולפי"ז שפיר אמרינן מגו דנאנסו ואי דלא שכיח הא אף הך טענה דהחזיר ל"ש בעלמאתו ומ"ש הך ל"ש מהך ל"ש וא"כ נאמן במגו ועכשיו דזכינן לדין דנאמן במגו חזר מגו דהחזרתי להיות נעשית מל"ש לשכיח דסמיך אמגו ואינו מקפיד על שטר ולכך שטענינן ליתמי החזרתי דסמיך על מגו וה"ל שכיח עכ"ד והאריך בזה ולק"מ קושי' האמרי ברוך הנ"ל. אך מה שהשיג על הסמ"ע שפיר השיג ועי' במעין גנים מ"ש על הסמ"ע והאריך בזה ועי' בסעהמ"ש בס"ק ו' שכתב להסתפק לשיטת התוס' דלא טענינן ליתמי מלתא דל"ש אי גם ליתומים קטנים לא טענינן מלתא דל"ש כו' והאריך בזה:

סעיף יא (ד) **אם** הניח הלוה נכסים. עי' בתומים בס"ק י"ב ובאורים ס"ק ג' וס"ק מ"ה ובנתיבות ס"ק ה' ובדברי משפט ס"ק ד' ובדברי חיים בדיני ג"מ וג"א סימן כ"ח מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן קט

סעיף ו (א) **ואם** אינה השליח לקונה כו'. עי' בסעהמ"ש בס"ק ג' מ"ש לענין אם עשאו שליח למכור קרקע בדבר קצוב יותר משוי' שתות כשיודע המשלח מזה לכ"ע המכירה בטילה משום דאין שליח לד"ע ולענין חזרת האונאה אף בלא ידע לא זכה המשלח בהיתרון אף בקרקע משום דאין שליח לד"ע וגוף המעשה בטילה כו' עכ"ד והאריך בזה: הנה הוא ס"ל לדבר פשוט דהיכא דאמרינן אין שליח לד"ע המעשה בטילה וכן ס"ל להנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ע"ה והאריך בזה הרבה מסימן ע"ה עד סי' פ"ג ועי' במהרי"ט ח"א סי' ק"ו והמחנה אפרים הל' שלוחין סי' ט' שנסתפקו בזה אי המעשה בטל לגבי אין שליח לד"ע. ודעת הגאון מהר"י מהמבורג מחותנו של הנו"ב בתשובה שם בסימן ע"ו דאין המעשה בטל לגבי אין שליח לד"ע ועי' בס' תפארת צבי חאה"ע בדיני חרס רגמ"ה בסימן מ"ז מ"ח ובספר טור האבן סימן ל"ה ובספר משנת חכמים הל' ע"ז סימן ע"ז ביבין שמועה אות ג' ובס' מנחת עני סי' ס"ח מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ואכמ"ל בזה:

סימן קי

סעיף ב (א) **מהניא** לי' תפיסתו. עי' בסמ"ע ס"ק ו' ובש"ך ס"ק ה' שכתב בשם רבינו ירוחם דבתפס מעות מיתומים קטנים מהני תפיסתו אם יש לו שטר כו' ועי' בקצה"ח בס"ק ג' מה שהק' מלעיל סי' פ"ה סעי' ה' כו' ועוד מב"ב ל"ג א' גבי עובדא דרבה בר שרשום כו' ועי' בנתיבות ס"ק ב' ובדברי משפט ס"ק א' ובספר נחל יצחק בסי' פ"ה ס"ק ב' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח. ועי' בדברי משפט סי' קמ"ע ס"ק ג' ובדברי חיים בדיני חק"ק וח"מ סי' י"ב מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ולענין אי מהני מגו גבי יתומים קטנים עי' במשל"מ בפכ"א מהל' מלוה ולוה בתשובה שכ' לרבני אינדריני ומה שהביא בשם מהר"ש מינץ ומה שהשיג עליו ובקצה"ח ס"ק ב' ובנתיבות ובדברי משפט ס"ק ב' מ"ש והאריכו בזה ובאמת מבואר להדיא בחידושי הרמב"ן ב"ב ל"ג א' גבי עובדא דרבה בר שרשום דלא מהני מגו ביתומים קטנים יעוש"ה. וכן ראיתי בתומים ס"ק ד' שהביא ד' הרמב"ן אלו וכ' דהר"י הלוי שהביא הרמב"ן שם ס"ל דנאמן במגו גבי יתומים קטנים כו' וכ' דדין זה במחלוקת שנוי' והאריך בזה:

סימן קיא

סעיף א (א) **ולא** ממתנות שנתן. והוא נד' הבעה"ת שער ס"א ומביאו ב"י מהא דאמרינן בפ' הנזקין דמתנה כמכר כו' וכ"כ התוס' בכתובות מ"ט ב' ד"ה הוא כו' והביא ראי' לזה מב"מ י"ג א' גבי מלא שט"ח דאמרינן שער שאין בו אחריות נכסים יחזיר כו' וכ"כ הרא"ש בקידושין בפ' האומר סי' י"ד והביא נמי ראי' מהא דמלא שט"ח כו' יעוש"ה ועי' בביאורי הגר"א בס"ק א' שהביא ד' התוס' ולא הביא ד' הרא"ש הנ"ל. אך בשערי רב אלפס שער כ' דין י"ד כ' דמלוה ע"פ גובה ממתנה והקדש כיון דל"ל פסידא ועי' במרדכי בפ' כל הנשבעין שהביא ד' השערי רב אלפס אלו ועי' במרדכי בפ' נערה שנתפתתה סי' ק"ס מ"ש בזה. והנה לכאורה קשי' על השערי רב אלפס מהא דמלא שט"ח הנ"ל ול"ל כמ"ש בשעהמ"ש בס"ק א' ליישב עפ"ד הרא"ש בשם ר"י בפ' חזה"ב גבי המוכר שדהו בעדים כו' וכ' דהרא"ש סותר ד"ע מפ' האומר להא דחזה"ב והניח בצ"ע. אך כיון דלא הובא דעת השערי רב אלפס בש"ע אף בשם יש מי שאומר מוכח דס"ל להמחבר והרמ"א דלא קי"ל כהשערי רב אלפס בזה ומלוה ע"פ א"ג ממקבל מתנה. אך לענין הקדש אף דהמחבר פ' בסעי' ב' דהקדשות הרי הם כמשועבדים ואין נפרעין מהם כל שיש בנ"א ועי' בש"ך ס"ק ג' י"ל דהיינו דוקא היכא שיש לו בנ"א אבל היכא דליכא בנ"א שפיר י"ל דאף המחבר ס"ל כהשערי רב אלפס הנ"ל דאפי' מלוה ע"פ גובה מהקדש. וכן ראיתי בשערי בינה שם אות ז' שכ"כ וכ"כ הקצה"ח בס"ק ב' ובסי' קי"ז ס"ק ג' ובסי' רמ"ה ס"ק ב' דבמלוה ע"פ גובה מהקדש כי היכי דגובה מהפקר כו' והאריך בזה וכ' דאפי"ה א"ג מהקדש כל שיש לו בנ"א דאפי' גבי יורש כו' אחרון נפסד עכ"ד ועי' בנתיבות בסי' רמ"ה ס"ק ה' ובשעהמ"ש שם ס"ק א' ובדברי משפט בסי' קי"ז ס"ק ב' ובבית יעקב בהל' כתובות סי' ק"ב ובדברי חיים בדיני הפקר סי' א' ובספר ישועות ישראל בסי' ל"ט בעין משפט ס"ק ב' ובס' נחל יצחק ס"ק ד' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש לענין הפקר אי בע"ח גובה אך השערי בינה שם כ' דהב"י כ' לקמן בסי' קי"ז בדעת הטור דבעשה שורו אפותקי לא גבה מהקדש ש"מ דהקדש כמכר וכ"כ המסל"מ כו' בשם בעה"ת עכ"ד ועי' בקצה"ח בסי' קי"ז שם שהביא ד' המסל"מ הנ"ל והשיג עליו מד' התוס' בערכין כ"ג ומד' המ"מ בפ"ב מהל' זכי' דמוכח דמלוה ע"פ גובה מהקדש ופ' כן אך לא הביא ד' השערי רב אלפס הנ"ל שכ' להדיא דמלוה ע"פ גובה מהקדש וכ"נ עיקר לדינא דמלוה ע"פ גובה מהקדש ואכעמ"ל בזה. ולענין מלוה ע"פ אי גובה ממתנה ש"מ עי' בקצה"ח ס"ק א' ובדברי משפט ס"ק א' מ"ש בזה:

סעיף ח (ב) **אפי'** הם זיבורית. עי' בתומים בס"ק ג' שהביא ד' מהרש"א בב"ק ק"ה ב' בתוס' ד"ה לוה כו' שכ' דהיכא דמכר קרקע ויש ביד הלוה מטלטלין לא יוכל הלוקח קרקע לומר הנחתי לך מקום לגבות וכ' עליו דדבר זה צ"ע ולא מצינו בפוס' לרבינו המהרש"א חבר בזה ומיישב קושי' מהרש"א שם והאריך בזה ופ' דאף במטלטלין נמי אמרינן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש מטלטלין בנ"א וכן פ' באורים בס"ק י"ג דלא כמהרש"א וכן השיג הקצה"ח לקמן סי' שס"ז ס"ק ד' על המהרש"א וכן דאין חילוק בין קרקע למטלטלין כו' והביא ראי' מסימן ק"ד סעיף א'. וכן ראיתי בתשובות רע"א בסימן קל"ט שכ' לדברי מהרש"א הנ"ל הם יחידאי ומד' כל הפוס' לא משמע כן ואף במתנת ש"מ משמע בסי' רנ"ג שכל שיש מקום לגבות מיורשים אפי' מטלטלין גובה מהם ולא מצי לגבות ממתנת ש"מ עכ"ד. וכן משמע בב"ב מ"ה א' דלא כמהרש"א הנ"ל גבי מכר שלא באחריות דאינו מעיד דפריך הגמ' אי דל"ל ארעא אחריתי עלי' דידי' הדר ופרשב"ם דאין נפרעין מנכסים משועבדים כו' ולד' מהרש"א הנ"ל מאי קושי' דלמא מיירי שאין לו כ"א מטלטלין דבזה ל"א אין נפרעין מנכסים משועבדים כו' א"ו דלא כמהרש"א הנ"ל ואף במטלטלין אמרינן דאין נפרעין מנכסים משועבדים כו'. וכן ראיתי בדברי חיים בדיני גניבה וגזילה סי' ל"א שהק' כן על המהרש"א ועוד השיג עליו והאריך בזה אך הביא קושי' זו בשם התומים בסימן זה לא מצאתי בתומים קושי' זו וכן הק' קושי' זו בשואל ומשיב מהדו"ת ח"ב סי' והאריך בזה יעוש"ה. וא"כ לענין דינא העיקר דלא כמהרש"א הנ"ל ואף במטלטלין אמרינן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"א מטלטלין וכמו שפ' התומים הנ"ל. אחר כותבי הנ"ל ראיתי בריטב"א בקידושין כ"ט ב' גבי הוא לפדות כו' כי פליגי היכא דאיכא חמש משועבדים כו' וכ' הריטב"א שם וז"ל אי נמי אי מטלטלין הוי לדידי' גופי' ההיא שעתא אין אומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו במטלטלין והיינו כד' המהרש"א הנ"ל. ושוב ראיתי בס' ברית יעקב אחו"מ סי' ל"א שהשיג על המהרש"א מסי' ק"ד ומב"ב מ"ה הנ"ל ועוד השיג עליו מסי' קי"ט מד' הטור שם הובא בסמ"ע שם ס"ק כ"ע כו' והאריך בזה ואח"כ הביא ד' הריטב"א הנ"ל יעוש"ה:

סעיף יא (ג) **ויש** לו קרקע בעיר אחרת כו'. בתומים ס"ק ה' הק' מהא דפריך הגמ' ב"ב מ"ה א' אי דלית לי' ארעא אחריתי עלי' דידי' הדר כו' ומאי קושי' דלמא אית לי' בנ"א במקום רחוק כו' אבל במעיד ששאר שדה ביד לוקח א"כ המלוה טורף במקומו כי נוח לו לטרוח כו' ונשארין לו הבנ"א בטח בלי טריפה עלקוש"י. ותי' עפ"ד הרשב"א בתשובה כו' דדין זה לא קאי רק למ"ד שעד"א כו' והתם בב"ב קאי אליבא דשמואל דס"ל שעל"ד ושפיר פריך הגמ' כו' עכ"ד. וכן ראיתי בדברי משפט בס"ק ג' שכ' ליישב כן קושי' הנ"ל מסברת עצמי ולא ראה ד' התומים שכבר הקדימו בזה ולפ"ד התומים הנ"ל ניחא ד' התוס' בפ"ק דמליעא י"ד ב' ד"ה תרין כו' שהק' אדרבא נוכח מהכא דלא משתעבד מדלא טריף בע"ח ממשעבדי דטריף לוקח עכ"ל וכונתם משום דע"כ מיירי דהמשועבדים דטריף לוקח היינו שמכר נכסים אחר שמכר לו השדה דאל"כ לא טריף מיני' וא"כ עכשיו נמי יאמר הלוקח ראשון לבע"ח שהניח לו בנ"ח לגבות הימנו וכן פי' מהרש"ל שם דזהו כונת התוס' ומאי קושי' דלמא מיירי שהנכסים של השני הם במקום אחר דבזה א"י הלוקח הא' לומר הנחתי אלא הלוקח הב' וכן תי' המ"מ בפכ"א מהל' מלוה על קושי' זו וכ"כ הסמ"ע לקמן בסימן קע"ו ס"ק ה' ליישב כן יעוש"ה. ומדלא תי' התוס' כן משמע לכאורה דהתוס' לא ס"ל דין זה אלא יכול הלוקח לומר הנחתי לך בנ"ח שבעיר אחרת וזהו כונת הגהות אמרי ברוך שליין על ד' המחבר ד' התוס' דב"מ הנ"ל והיינו כונתו דמד' התוס' משמע דלא ס"ל דין זה של המחבר הנ"ל מדלא תי' כן:

ועי' בביאורי הגר"א בס"ק כ"ג שליין נמי על ד' התוס' הנ"ל ולפי דברי התומים הנ"ל ניחא דקושי' התוס' שם קאי אליבא דשמואל ושמואל ס"ל דשעל"ד וא"כ אף שהנכסים בעיר אחרת יכול הלוקח לומר הנחתי ומש"ה לא תי' דמיירי שהנכסים של הב' הם בעיר אחרת ושפיר קושי' התוס'. אבל המ"מ הנ"ל קאי על ד' הרמב"ם שם שכ' דחוזר הלוקח וגובה את הקרן מנכסי שמעון אף מן המשועבדים כו' והרמב"ם ס"ל בפי"א מהל' מלוה הל' ד' דשע"ד הובא דבריו בש"ך לעיל בסי' ל"ט ס"ק ב' ושפיר תי' המ"מ דמיירי שהנכסים של השני הם במקום אחר וכן הסמ"ע בסימן קע"ו הנ"ל תי' כן אליבא דהפוס' דס"ל שע"ד ומיושב קושי' אמרי ברוך הנ"ל. שוב ראיתי בתומים בסי' קע"ו ס"ק ו'

ו׳ שכ״כ לפרש ד׳ התוס׳ כנ״ש ורלאיתי בדברי חיים בדיני ג״מ וג״ח סי׳ י״ד שהביא הי׳ של הדברי משפט הנ״ל דדין זה דאין הלוקח יכול לומר הנחתי היכא דהבנ״ח הם במדינה אחרת אינו אלא למ״ד שעי״ד כו׳ והשיג עליו דא״כ מאי מתרץ המ״מ בשם הרשב״א על קושי׳ התוס׳ הנ״ל דמיירי שהנכסים של הב׳ הם במק״א והא שמואל ס״ל שלי״ד וא״כ אף שהנכסים הם במק״א יכול הלוקח לומר הנחתי כו׳ עכ״ד . ואין זה השגה דהמ״מ הנ״ל קאי על ד׳ הרמב״ם שכ׳ דחוזר הלוקח כו׳ ועל הרמב״ם שפיר מתרץ דמיירי בית להשני נכסים במק״א דהא הרמב״ם ס״ל דשעי״ד וכנ״ש ושפיר ד׳ התומים והדברי משפט הנ״ל ועי״ש עוד בדברי חיים ובנתיבות בס״ק ה׳ מ״ש ליישב קושי׳ התומים הנ״ל יעוש״ה :

סימן קיב

סעיף א (א) **חל** השעבוד גם על מה שיקנה כו׳ . עי׳ בקצה״ח בס״ק א׳ שכ׳ דהא דמהני שעבוד דאקני אינו אלא מדרבנן כדי שלא תנעול דלת בפני לווין והביא כן בשם הרשב״ם ב״ב קנ״ז והנ״י שם והאריך בזה ועי׳ בדברי חיים בדיני ג״מ וג״ח סימן ע״ז שהשיג על הקצה״ח והביא ד׳ הריטב״א בפ״ק דקידושין והבעה״ת דס״ל דשעבוד דאקני הוי ד״ת ועי׳ במה״א הל׳ גביית חוב סימן א׳ שכ׳ דלהרמב״ן הוי דאקני ד״ת ועי׳ בשערי בינה שער כ׳ דין י״ג אות ט״ז מ״ש בזה ועי׳ לעיל בסי׳ ס׳ ס״ק ה׳ מ״ש והארכתי בזה יעוש״ה :

(ב) **וי״א** דיכול לחזור . עי׳ בש״ך ס״ק ב׳ שכ׳ דהעיקר כהפוס׳ דא״י לחזור והביא ראי׳ משטר מאוחר דלא חיישינן שמא חזר כו׳ ועי׳ בתומים בס״ק ג׳ מה שהק׳ עליו מב״ב קנ״ז ב׳ גבי לוה ולוה וקנה כו׳ ועי׳ בדברי משפט בס״ק א׳ מ״ש ליישב עפ״ד הרשב״ם והנ״י דס״ק הקודם דשעבוד דאקני אינו אלא מדרבנן כו׳ והאריך בזה ועי׳ בקצה״ח בס״ק ב׳ ובנתיבות בסימן קי״ג ס״ק א׳ ובדברי חיים שם בסי׳ ט״ז ובמשכנות יעקב חחו״מ סימן מ״ב מ״ש והאריכו בזה יעוש״ה . ורלאיתי בשעהמ״ש בס״ק ג׳ שהביא ד׳ הר״ן בחידושיו לגיטין מ״ה א׳ שכ׳ דהיכא דשיעבד לו כל מה שיקנה במעכשיו א״י לחזור בו כו׳ וכ׳ דמד׳ הרשב״א מוכח דלא ס״ל הכי דהא הוכיח דשעבוד דאקני יכול לחזור בו מהא דקי״ל בלוה ולוה וכ׳ לשניהן דאקני וקנה ומכר דלשניהם משתעבד כו׳ ואי אמרת דהיכא דשיעבד לו דאקני במעכשיו א״י לחזור בו א״כ בלוה ולוה וכ׳ לשניהן דאקני במעכשיו לקמא משתעבד ולא לבתרא א״כ קשה הא דפריך הש״ס בס״פ מי שמת כו׳ מברייתא דלבנה קרקעות כילד כו׳ ודחיק דגובה נמי דקתני חלי שבח ומאי קושי׳ דלמא הברייתא מיירי שכ׳ לו הבע״ח דאקני במעכשיו ובכה״ג בלוה ולוה וקנה לקמא משתעבד ולכך גובה כל השבח כו׳ א״ו דס״ל להרשב״א דאף בהאחריות דאקני במעכשיו יכול לחזור בו ובלוה ולוה וקנה חולקין עכ״ד . ודבריו תמוהין דהא מבואר להדיא ברשב״א בחידושיו לקידושין ס״ג א׳ דאף דא״א מקנה דבר שלבל״ע מ״מ היכא דאמר לו מעכשיו א״י לחזור בו יעוש״ה ולא גרע שעבוד מקנין ולפי הוכחת השעהמ״ש יהי׳ ד׳ הרשב״א סותרים זא״ז ועי׳ בשעה״מ בפכ״ב מהל׳ מכירה הל׳ ה׳ ובקצה״ח בסימן ר״ט ס״ק א׳ מ״ש בזה וא״כ״מ להאריך בזה :

סימן קיג

סעיף א (א) **אפי׳** מכר הקרקעות קודם שיקנה כו׳ . עי׳ בכתובות פסים בפ׳ חזה״ב בסוגיא דפרס ועלית שכ׳ דהיכא דכתב לו מטלטלין אגב קרקע שיקנה כשיבוא בעולם בזה בעינן בעת קניית המטלטלין יהי׳ לו קרקע ועי׳ בשעהמ״ש ס״ק א׳ ובגליון ש״ע מהגאון רע״א ובס׳ משנת דר״א מ״ש בזה יעוש״ה :

סימן קטו

סעיף א (א) **אף** מהמשועבדים כו׳ עי׳ בסמ״ע ס״ק ה׳ שכ׳ והיינו אם הם רחוק מדירת המלוה כו׳ דלא הי׳ יכול לדחות לוקח זה ולומר לו הנחתי לך מקום לגבות כו׳ עי׳ לעיל בסי׳ קי״א ס״ק ג׳ מ״ש והארכתי בזה יעוש״ה ועי׳ בקצה״ח בס״ק ג׳ מ״ש להסתפק היכא דאין שעבודו על גוף השדה כו׳ ועי׳ בס׳ שם ארי׳ חחו״מ סי׳ י״ד מ״ש על ד׳ הקצה״ח והאריך בזה :

(ב) **מאחר** זמן שמכר לו השדה . עי׳ בש״ך בס״ק י״ב שכ׳ די״ל דמה דאיתא בש״ס ופוס׳ דחוזר וגובה הקרן מנכסים משועבדים היינו קרן פחות חצי השבח והאריך בזה ועי׳ בס׳ ני נפתוח בקדש לעין מה שהק׳ על הש״ך מב״ב קנ״ז ב׳ ועי׳ בס׳ משנת דר״א ובדברי חיים בדיני ג״מ וג״ח סי׳ כ׳ מ״ש בזה יעוש״ה :

סעיף ד (ג) **בהג״ה** דאינו גובה מיתומים . עי׳ ש״ך ס״ק ל״ב שכ׳ דדאקני אינו משתעבד לכתובת אשה כו׳ והאריך בזה ועי׳ בתומים ס״ק כ״א ובקצה״ח ס״ק י״ב ובנתיבות ס״ק י׳ ובס׳ משנת דר״א ובברית אברהם חחו״מ סי׳ ל׳ ובבית מאיר באה״ע סימן ק׳ סעיף א׳ ובישועות יעקב שם ס״ק ג׳ שהשיגו על הש״ך ופ׳ דדאקני משתעבד לכתובה ועי׳ בהגהות חכמת שלמה ובשערי בינה שער כ׳ דין י״ג אות ל״ח ובספר חמדת לבי בב״מ ט״ו א׳ בתוס׳ ד״ה בעי״א כו׳ מ״ש בזה על הש״ך יעוש״ה :

סימן קטז

סעיף א (א) **אפי׳** לא פי׳ לו אחריות . ודעת בעה״ת בשער מ״ז דבמוכר שדהו בעדים בעינן שיקבל עליו אחריות דבהא ל״א ט״ס הוא כיון דלא כתב שטרא ובג״ת שם כ׳ שאחר החיפוש לא יוכל למלוא מנין לו דין זה וכ׳ הש״ך בס״ק ה׳ דמד׳ הרשב״ם בפ׳ חזה״ב מ״ב א׳ משמע שם להדיא הכי וכ״כ הבאר היטב בס״ק ד׳ . ובאמת מד׳ הרשב״ם אין ראי׳ וכמ״ש התומים בס״ק ד׳ דהג״ת כל עניינו דפקפק על זה הוא מכח קושי׳ שלו דכיון דשע״ד ומוכר אית להו קלא מה צורך לתנאי אחריות כו׳ וא״כ אין מרשב״ם ראי׳ דהוא מפרש כן מלתא דרב ורב ס״ל דשעל״ד כו׳ ושנית כו׳ דבהגהות אשר״י בפג״פ כו׳ הביא בשם רשב״ם ורבינו ברוך מארץ יון דל״א בשום מקח וממכר אחריות ט״ס הוא וא״כ אין מרשב״ם ראי׳ כלל לחלק בין מוכר בעדים למוכר בשטר עכ״ד . אבל באמת כן הוא דעת הראב״ד כהבעה״ת דבמוכר שדהו בעדים ל״א אחריות ט״ס הוא והובא דבריו ברשב״א בקידושין כ״ז ובנימוקי״ב ב״ב ע״ז א׳ ד״ה זכו כו׳ ובחידושי הרמב״ן שם בשם יש מי שפי׳ והוא דעת הראב״ד . וכן ראיתי בשעהמ״ש בס״ק ב׳ ובהגהות אמרי ברוך שהביאו ד׳ הרשב״א והנימוקי״ב והרמב״ן הנ״ל אך הרשב״א שם חולק על הראב״ד וכן הרמב״ן שם דחה ד׳ היש מי שפי׳ יעוש״ה והיינו דס״ל כהטור והרא״ש בשם ר״י דבמוכר שדהו בעדים אמרינן אחריות ט״ס הוא ודלא כהבעה״ת הנ״ל . ורלאיתי בדברי משפט בס״ק א׳ שכ׳ על ד׳ הבעה״ת הנ״ל דזהו כונת הרשב״א בגיטין פ״ה שכ׳ א״נ בשטר מכר דאית בי׳ אחריות וצריך נקלא כו׳ דכונתו דבמכירה מסתמא דעת הלוקח הי׳ דמוכר מקבל

עליו

עליו אחריות אבל בשטר לא פי' דקבל עליו אחריות וא"כ לר"א דאמר עדי מסירה כו' וכיון דנמסר בפני ע"מ הוי שטרו ואמרינן אחריות ט"ס וגובה לוקח ממשעבדי אף דלא פי' בשטר דמוכר מקבל עליו אחריות . אבל לר"מ דאמר ע"ח כרתי ובלא ע"ח אינו שטר וכיון דלא פי' בשטר שקבל עליו אחריות אף דקי"ל מוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים היינו אם פי' לו דמוכר מקבל עליו אחריות אבל אם לא פי' לו וכן בפני עדים ל"א ט"ס הוא כו' כיון דלר"מ בלא ע"ח אינו שטר כו' עכ"ד וא"כ להרשב"א שם דס"ל דבשאר שטרות ל"א ע"מ כרתי רק ע"ח כרתי ועי' בש"ך בסי' ל"ח ס"ק ט' א"כ ס"ל להרשב"א דהמוכר שדהו בעדים ל"א אחריות ט"ס הוא וכהבעה"ת הנ"ל :

ובקידושין הנ"ל דחה ד' הראב"ד וס"ל דלא כהבעה"ת הנ"ל ולפי הדברי משפט סותר הרשב"א מגיטין לקידושין הנ"ל ועי' עוד בהגהות אמרי ברוך שכ' שיש סתירה בתוס' בסנהדרין כ"ט ב' ד"ה הודה מקשים למה חוזר בשטר כיון דאינו חוזר בשדה מאי נפ"מ בשטר דהא אי שטר מתנה הוא ליכא שעבוד ואי שטר מכר הוא כו' הא אמרינן המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים כו' משמע מדבריהם דכל מוכר שדהו בעדים ואף שלא הי' בע"פ שעבוד בפי' ג"כ גובה מנכסים משועבדים דלא כהבעה"ת . ובכתובות נ"ה א' ד"ה כתובו כ' ופי' ר"י בר מרדכי בשם ריב"א דוקא בשטר מכר חוזר שאינו רוצה שיהי' עליו שעבוד בשטר דשטר מכר טריף ממשעבדי כו' הרי משמע דבמכר בעדים בלא שטר ליכא שעבוד כו' עכ"ד . ובאמת אין זה סתירה דהי ניחא דיש סתירה בד' התוס' עדיפא ה"ל להגהות אמרי ברוך להקשות מד' התוס' דשם גופי' שכ' קודם לזה וז"ל ומיהו למ"ד אחריות לאו ט"ס הוא צריך לאמלוכי בי' לכתוב עליו אחריות כו' אבל למ"ד אחריות ט"ס הוא א"ל לימלך עכ"ל הרי מבואר דס"ל דלא כהבעה"ת הנ"ל ואיך אפשר דבתוך כ"ד סותרים א"ע והביאו פי' הריב"א א"ו דאין שום סתירה בד' התוס' וגם הריב"א ס"ל דלא כהבעה"ת הנ"ל וכונת הריב"א שכ' שאינו רוצה שיהי' עליו שעבוד בשטר ה"ט משום דהוי מילי נכסי ושטרא אית לה קלא טפי . וכן ראיתי בשעה"מ בפי"א מהל' מלוה הל' ה' שכ"כ בכונת הריב"א הנ"ל וא"כ שפיר י"ל דאף הריב"א ס"ל דלא כהבעה"ת הנ"ל אלא כמ"ש בדבור הקודם ובסנהדרין הנ"ל וכונתו משום מילי נכסי ואין שום סתירה בד' התוס' הנ"ל . והנה מד' הנ"י בפ' הזה"ב מ"א ב' משמע דס"ל כהבעה"ת הנ"ל דבמוכר שדהו בעדים ל"א אחריות ט"ס הוא וכן הביא בשעה"מ שם ד' הכנה"ג שכ"כ אך השעה"מ השיג עליו וכ' דהכנה"ג סותר ד"ע ממ"ש בח"מ סימן של"ט דהנ"י בפ"ק דמציעא ס"ל דלא כהבעה"ת ועי' בנ"ת שם שהק' ד' הנ"י אהדדי :

עוד כ' השעה"מ דמהגהות אשר"י בפ' א"ע"פ שם מוכח דס"ל כהבעה"ת הנ"ל וכ' דט"ס יש בד' הגהות אשר"י שם ועי"ש עוד שהשיג נמי על הש"ך בדעת רשב"ם כמו שהשיג התומים הנ"ל . עוד כ' בהגהות אמרי ברוך דל"ע בד' הרא"ש בסנהדרין שכ' כד' התוס' שם ומשמע מדבריו דאף בלא שעבוד בפי' בע"פ יש שעבוד במוכר שדהו בעדים אף בלא שטר ול"ע לפמ"ש הש"ך בסימן ל"ט בדעת הרא"ש דשעל"ד וא"כ משום קלא להודא בלא שטר אמאי יהי' שעבוד וכנ"ל בשם התוס' ב"ק י"ד ב' ד"ה ש"מ לוה כו' עכ"ד . ובאמת לק"מ די"ל דהרא"ש לא ס"ל כהתוס' דב"ק הנ"ל אלא ס"ל דהיכא דאית לי' קלא אף בלא שטר איכא שעבוד ועי' בשעה"מ בפי"ט מהל' מלוה הל' ה' מ"ש על ד' התוס' דב"ק הנ"ל וא"כ כיון דהראב"ד והגהות אשר"י ס"ל כהבעה"ת הנ"ל יכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו . ועי"ש עוד בשעה"מ ובהגהות אמרי ברוך ובנתיבות בסימן רכ"ה ס"ק ב' ובשעהמ"ש שם ס"ק א' מ"ש בזה ישעו"ה . עוד כ' הש"ך לייסב קושי' הג"ת דדוקא בהלואה שייך לומר שע"ד דעבד לוה לאיש מלוה ולא במוכר ועי' בשעה"מ בפי"ט מהל' מלוה שם שהשיג על הש"ך מד' התוס' בפ"ק דמציעא ד' ב' ד"ה אין כו' ובשבועות ל"ז ב' ד"ה ואין כו' דבכל גוונא שע"ד ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ד אות ח' שכ' דמקושי' התוס' דב"מ הנ"ל משמע כהש"ך כו' אך ל"ע דמד' הש"ך גופא בסי' ל"ט ס"ק מ"ט משמע דבכל מין חוב אמרינן שע"ד גם מד' התוס' שבועות הנ"ל והרא"ש שם דין ב' וטור סימן פ"ח סעיף ל"ח כ"כ בכל שבועות התורה משמע דלא כהש"ך עכ"ד יעוש"ה . ועי' בשערי תורה ח"א כלל י"ג פרט א' שכ' דד' הש"ך סתרי אהדדי מסי' ל"ט הנ"ל והשיג על הש"ך והיינו כהשערי בינה הנ"ל וא"כ לענין דינא כ' עיקר דלא כהש"ך הנ"ל אלא אף במכר אמרינן שע"ד . ועי"ש עוד בשערי בינה אות י"ב ובדין י"ג אות י"א ואות כ' מ"ש בזה ועי' עוד בתומים בס"ק הנ"ל מה שהק' על הגמ' דב"מ ע"ב א' כו' ומה שכ' לייסב ובנתיבות ס"ק א' השיג על התומים ועי' עוד בתומים בסי' ע' ס"ק י' ובנתיבות שם ס"ק ה' ובספר נחל יצחק בסי' ק"ו ס"ק א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

הלכות אפותיקי

סימן קיז

סעיף ג (א) **עשה** שורו אפותיקי ומכרו . עי' בסמ"ע ס"ק י"ב שכ' בשם הרשב"א בתשובה דה"ה אם נתן במתנה אין בע"ח גובה ממנו ועי' בבאר הגולה אות י' שהביא נמי ד' הרשב"א אלו ועי' בקצה"ח בס"ק א' שכ' דמד' התוס' בפ' הגוזל קמא ק"ח ב' ד"ה לוה לא משמע הכי כו' ואע"ג דאמרינן עשה שורו אפותיקי כו' היינו דוקא אמכרו כו' אבל נתנו במתנה כו' בע"ח גובה הימנו כו' וכ"כ התוס' בכתובות מ"ט ב' ד"ה הוא כו' בהדיא דאם נתנו במתנה בע"ח גובה הימנו והובא בגליון ש"ע מהגאון רע"א ובס' משנת דר"א . ושוב ראיתי בתומים בס"ק ו' שהביא ד' התוס' דכתובות וכ' דהתוס' אזלי בשיטת רש"י גבי הקדש חמץ ושחרור והאריך בזה . אך הקצה"ח כ' דמד' התוס' בב"ק י"א משמע דס"ל דשורו אפותיקי לא גבי מיתמי כו' וכ"ש דא"ג ממקבל מתנה כו' והניח בנ"ע ועי' בשימקו"ב ב"ב מ"ד ב' ובשערי בינה שער כ' די י"ג אות ל' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ז (ב) **בהג"ה** אבל קדושת דמים כו' . בקצה"ח בס"ק ב' כ' בדעת רש"י דאע"ג דקדושת דמים אינו חל על דבר שאינו ברשותו אבל קדושת הגוף חל על דבר שאב"ב והביא ד' הריב"ש בסימן שכ"ע בשם תוס' הרא"ש שכ"כ לדעת רש"י כו' והאריך בזה . בדברי הקצה"ח אלו יש לייסב ד' התוס' בחולין ק"מ א' ד"ה למעוטי שכ' וז"ל ונ"פ בבהמות עיר הנדחת אם עבר והקדישה והקריבה אם הוא קרבן כיון דלשריפה קיימא עכ"ל . ולכאורה ד' התוס' תמוהים דהא איסורי הנאה הוי דבר שאב"ב ודבר שאב"ב אינו יכול להקדיש וכדאמרינן בב"ק מ"ה א' גבי שור שהמית משנגמר דינו מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש וכן ראיתי בחת"ס סופר חאו"ח סימן ק"פ שהק' כן ותי' דבאיסורי הנאה אף שאין מקדשין בו וא"י להקנותן לשום אדם

אדם מ"מ לא נפיק מרשות בעלים כו' ומחלק בין חמץ בפסח לשאר איסורי הנאה ושאר איסורי הנאה מקרי של בעלים כו' אבל בקרבן לא כתיב שיקחנו לעצמו שיהי' שלו אלא יקריב קרבנו ולא של אחר וכן יקדיש ביתו ולא ביתו של אחר אבל כל שאינו של אחר אע"ג דגם לו אין בו קנין לא אמעיט אלא היכא דכתיב קיחה שאז צריך שיקחו לעצמו שיהי' לו בו קנין כו' והאריך בזה יעוש"ה. ודבריו תמוהים דהא כ' רש"י בב"ק שם הקדישו אינו מוקדש דלאו ברשותו דמרי' קאי לאקדושי עכ"ל הרי להדיא דס"ל לרש"י דאיסורי הנאה לא מקרי של בעלים ואף שאינו של אחר אפי"ה א"י להקדיש דאימעט מביתו דלא כהחת"ס סופר וא"כ הדרא קושי' הנ"ל על התוס' לדוכתא אבל לפ"ד הקצה"ח הנ"ל ניחא ד' התוס' דהתם הוי קדושת הגוף דעבר והקריבה חל אף על דבר שא"ב ושפיר ד' התוס' הנ"ל. וכן ראיתי במנחת חינוך מצוה הס"ד אות א' שהביא קושי' הנ"ל על התוס' משם התפארת צבי חיו"ד סי' ט' והמנחת חינוך תי' כן עפ"ד הקצה"ח הנ"ל והאריך בזה. וכמדומה לי שכ"כ נמי בס' באר יצחק חיו"ד סימן כ"ד ליישב כן ד' התוס' הנ"ל עפ"ד הקצה"ח והאריך בזה והק' על הקצה"ח מב"ק ס"ח ב' כו' ולא ראה דכבר הק' הקצה"ח עצמו שם כן ועי' בספר נחל יצחק בתפיסה בדרגא דממונא בסימן א' מ"ש על ד' הקצה"ח הנ"ל והאריך בזה:

אך קשה על הקצה"ח הנ"ל מגיטין נ"ה ב' דפריך הגמ' כרת מאי עבידתי' וקמשני האי כרת מדבריהם אוקמי רבנן ברשותי' כי היכא דלחייב עלה ולד' הקצה"ח הנ"ל קשי' דאמאי לא מוקי למתניתין דגנב והקדיש שהקדישן בעלים קדוה"ג ביד הגנב דיכולים להקדישו אע"ג דא"ב ולדידן אוקמינן למתניתין במקדיש תמימים איירי אע"כ דאף בקדוה"ג איירי הא דשניהם א"י להקדיש ודלא כהקצה"ח הנ"ל. וכן ראיתי בס' אחד מחכמי זמנינו נקרא הפלאות נדרים נ"ה ב' שהק' כן על הקצה"ח ועוד הק' עליו מב"ב ע"ט א' גבי כל הראוי למזבח כו' דאמרינן שם דוקא אליבא דר"מ דס"ל אדם מקדיש דשלבל"ע חייל הקדש קדושת מזבח כגון יונים אבל לרבנן לא חייל עכ"ד והק' מזה על הכ"מ בפ"ב מהל' נדרים שכ' דקדוה"ג חל אף על דבר שלבל"ע ובגמ' הנ"ל מפורש הסיפוק והאריך בזה וצ"ל בקושי' על התוס' חולין הנ"ל כמו שתי' החת"ס סופר שם בתי' הא' יעוש"ה ועי' בלל"ח הנדפס מחדש בחולין שם מ"ש על ד' התוס' הנ"ל. אחר כותבי הנ"ל ראיתי בספר עונג יו"ט חיו"ד סימן פ"ב שכ' ליישב קושי' הקצה"ח מב"ק ס"ח ב' גבי גנב והקדיש כו' אמרינן דמש"ה קדושת דמים לא חל על דבר שא"ב משום דלאחר שיחול ההקדש שוב אין לבעלים זכי' בגווייהו ונפיק מרשותן לגמרי כו' אבל קדוה"ג שאחר שיחול ההקדש יהי' לבעלים זכי' שהקרבן יקרא על שמו כו' ולפי"ז מיושב הא דפריך לר"ל כו' דהא התם לא מקרי ברשותן מחמת שהגנב תפיס לי' בביתו ולהכי לא מהני הקדישן של בעלים דהא גם לאחר הקדישו הוא ברשות גנב ובביתו כו' לא חייל הקדש כלל אף בקדוה"ג כו' עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה. ולפ"ד מיושב נמי קושי' הנ"ל דמש"ה לא מצי לאוקמא דמיירי כשהקדישו בעלים קדוה"ג כיון דגם לאחר הקדישו עדיין יהי' ברשות הגנב לא חייל ההקדש אף בקדוה"ג וכמ"ש העונג יו"ט הנ"ל ומש"ה צריך לאוקמא כרת שע"י דבריהם כו' אך מהא דב"ב גבי כל הראוי למזבח הנ"ל שהביא בהפלאות נדרים מוכח דלא כהקצה"ח הנ"ל ועי' בספר טור האבן בסי' י"ח מ"ש בזה ואכע"מ להאריך בזה ואי"ה במקום אחר אבאר זה באריכות ועי"ש עוד בס' הנ"ל מ"ש על ד' הקצה"ח בס"ק ה' יעוש"ה:

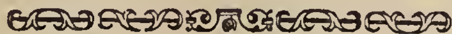
סימן קיט

סעיף ג (א) **ניזק** בעדית. עי' בסמ"ע ס"ק י"ד שכ' דאע"ג דאין שטר לניזק יש לו קול לניזק כמו בשטר כו' ועי' בקצה"ח בס"ק א' ובבית יהודא ובשעה"מ בפי"ט מהל' מלוה ולוה הל' ה' מ"ש על ד' הסמ"ע בזה יעוש"ה:

(ב) **וא"י** לגבות מספק. עי' בנתיבות בס"ק ד' שכ' להסתפק היכא דנכתב זמן בשט"ח ולא נכתב זמן בשטר מכירה אם הבע"ח יכול לגבות מהלוקח די"ל כיון דזמנו של מלוה ידוע וזמנו של לוקח אינו ידוע על הלוקח להביא ראי' דלקח קודם שעבודא דבע"ח ופסק כן דהלוקח צריך לברר ועי' בדברי חיים בקונטרס מים חיים סימן מ"ד שכ' דדין זה הוא מחלוקת רש"י ותוס' בבכורות מ"ט ב' גבי הכל מודים היכא דליכא אלא חמש סלעים כו' ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים מבן המחבר מ"ש על הנתיבות והאריך בזה ועי' לעיל בסימן מ"ג ס"ק י' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סימן קכ

סעיף א (א) **מחצה** על מחצה כו'. עי' בשעה"מ ס"ק ב' מ"ש לענין היכא שהלוה והמלוה מכחישים זא"ז שהמלוה אומר שהי' קרוב ללוה והלוה או' שהי' קרוב למלוה כו' ועי' בדברי חיים בדיני ג"מ וג"ח מה שהק' על הרשב"א בחידושיו לגיטין ע"ח ב' ועי' בשערי תורה ח"א כלל י"ג פרט ה' ו' ובכלל י"ד מ"ש על ד' הרשב"א והאריך הרבה בזה ועי' לעיל בסימן ע"ה ס"ק י"ג מ"ש בזה יעוש"ה:



הלכות העושה שליח לגבות חובו

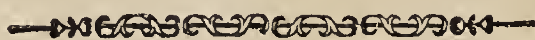
סימן קכא

סעיף א (א) **ובדרך** שבא רגילים כו'. עי' בסמ"ע ס"ק ד' שכ' דוקא באמר שלח ביד מי שתרצה אבל אם אמר שלח לי ע"י פ' הלוה לא פשע רק השליח עכ"ד ובש"ך ס"ק ה' חולק עליו ועי' בדברי משפט בס"ק ג' שכ' דכוונת הסמ"ע עפ"ד הב"ש באה"ע סימן קמ"א ס"ק ס"א שהביא בשם הרשב"א באם אמרה האשה כל מי שירצה בעל ליתן לו הגט יהא שליח קבלה שלי מ"מ אינו שליח דהא אין ברירה כו' והאריך בזה. ולבסוף הק' על הרשב"א כו' דלא שייך בזה ברירה וכמ"ש הרשב"א גופא בתולדות אדם סי' פ"ב כו' ועי' לעיל בסי' ס"א ס"ק א' מ"ש ליישב קושי' זו והארכתי בזה יעוש"ה ועי' בחידושי הרי"מ ס"ק ב' מ"ש בזה:

סעיף ו (ב) **ונשבע** השליח. בקצה"ח בס"ק ג' הק' דלמה לא יוכל המלוה או האשה להשביע מדין שעבודא דר"נ עכקוש"י. ולא ידענא מאי קשי' לי' דהא מבואר לעיל בסימן פ"ו סעיף ב' דהיכא דאית לי' פסידא ללוי אין

אין מוליאין מלוי לשלם לראובן ועי"ש בש"ך בס"ק ה' מ"ש בזה וא"כ ניחא דהא הכא יש פסידא להשליח באומרו דלמא המשלח בע"ד דידי לא ירצה להשביעני ויאמין לי שנאבד ולא שייך בזה מדר"כ וכן ראיתי בבית יהודא שהשיג כן על הקצה"ח ועי"ש עוד מה שהשיג על הקצה"ח יעוש"ה:

סעי' ט (ג) **אינו** נוגע בעדות. עי' בקצה"ח בס"ק ד' מה שהק' מד' הר"ן בפ' הכותב גבי ההוא בקרא כו' ועי' בדברי משפט בס"ק ו' שכ' ליישב עפ"ד הרמב"ן בחידושיו בב"ב ל"ב שכ' דעדים שאינם נאמנים רק מחמת מגו לא הוי עדים כו' והאריך הרבה בזה יעוש"ה:



הלכות הרשאה

סימן קכב

סעיף א (א) **שיש** לחוש שמא ימות. בקצה"ח בס"ק א' הק' דהא גבי גט קי"ל אפי' הניחו חולה או זקן מגרש בחזקת חי ותי' עפ"ד התוס' בפ' המפקיד ל"ט גבי ההיא סבתא כו' שכ' דבנכסי יתומים החמירו להחזיק הסבתא וברתא במתה וא"כ ה"נ ה"ע דהחמירו בנכסי יתומים כו' עכ"ד. והנה תי' זה ניחא על מת דחיישינן שמא ימות אבל בטור סעי' ב' כ' הטעם דצריך הרשאה משום דיש לחוש שמא בטל המלוה השליחות או מת כו' ואמאי חיישינן שמא בטל הא בגט לא חיישינן שמא בטל אף קודם תקנת ר"ג ועי' בגיטין ר"פ השולח ובזה לא יועיל תי' הקצה"ח הנ"ל. והעיקר בזה כמו שתי' בחידושי הרי"מ על הטור ס"ק א' דדוקא כשדנין לחייב או לפטור מוקמינן אחזקה שהדין עם זה כמו עם זה אבל בזה דבין כך ובין כך ישלם רק אם שיתן לשלוחו או למלוה גופי' בזה כשיש שום ספק א"צ ליתן לזה רק למלוה שבודאי יהי' כדין דהוי כמו לכתחלה בכל שחוששין כיון שלא יפסיד מי שהממון שלו כלום עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה. וזה התי' ניחא בין על חשש דשמא בטל ובין על החשש דשמא ימות:

סימן קכג

סעיף ו (א) **הי'** לו חוב כו'. עי' בקצה"ח בס"ק ג' מה שהשיג על הב"י בסי' ס"ו כו' ועי' בנתיבות בס"ק א' ובמשובב נתיבות ובדברי משפט בס"ק א' מ"ש בדברי הב"י יעוש"ה:

סעיף יד (ב) **יכולים** לשלוח הרשאה כו'. והוא מד' הטור בשם ר"ת וס"ל דחליפין מועיל בעובד כוכבים ובש"ך בס"ק ל' השיג על ר"ת מד' הגמ' בפ' בתרא דע"ז ע"א כו' וגם גבי בכור וגבי חמץ האריכו התוס' למצוא היתר כו' ואם איתא לקנינהו נהלי' בחליפין ודחה הראי' שהביא ר"ת מהא דמכסף מקנתו כו' והאריך בזה ועי' בתומים בס"ק י"ב ובשער אפרים סי' ע"ט ובס' ברית יעקב בחו"מ סי' קי"ד מ"ש לדחות ראי' ר"ת והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בפ"י בקידושין ג' א' בתוס' ד"ה ואשה שהק' על ר"ת דהא מקרא מלא הוא וזאת לפנים בישראל כו' אלמא דוקא בישראל נוהג חליפין ולא בעובד כוכבים עכקוש"י. וכן הק' בקו"א שם אות ו' וכן הק' בשעה"מ בפ"א מהל' מכירה הל' ג' והניח בצ"ע ויפה כ' התומים ליישב קושי' זו דהקרא קא' כי מנהג הי' כן בישראל דבעובד כוכבים לא נהגו בו כי משפטים בל ידעום ולכך נאמר וזאת לפנים בישראל ולא סתם וזאת בישראל עכ"ד. וכן ראיתי בהגהות חכמת שלמה שכ"כ ליישב קושי' הפ"י הנ"ל ולא ראה ד' התומים שכבר הקדימו בזה ועי' בבית מאיר באו"ח סי' תמ"א מ"ש ליישב קושי' הפ"י הנ"ל והנה התומים הביא ראי' לר"ת כי באה"ז בפ' הזהב הביא קושי' למ"ד משיכה אינו נקנה א"כ מתנה במטלטלין איך משכחת לי' ובמה יקנה ותי' בשם התוס' דהמתנה לא סגי דלקני ואין בו מחלוקת. והרמב"ן תי' בשאר אופני קנין ק"ס אג"ק חצר וד' הרמב"ן נראין דמה"ת לחלק בין מתנה למכירה כו' ולפ"ז קשה לר"ל דס"ל דבעובד כוכבים מעות דוקא קונות מתנה איך משכחת בי' קנין אג"ק ל"ל חצר ג"כ ל"ל דהא ר"ל אמר כו' דקטנה אין לה חצר דחצר משום שליחות איתרבאי וקטנה אין לה שליחות וא"כ ה"ה לעובד כוכבים דל"ל שליחות ואין לו חצר וא"כ במה יקנה. ועכל"ל כפר"ת דקונה בחליפין כו' עכ"ד. וקודם לזה כ' התומים דמכאן כ' דקנין אג"ק אינו בעובד כוכבים דאל"כ למה לא נוה ר"ת בהרשאה של עובד כוכבים להקנות אג"ק כו' וגם שם בחמץ ובבכור למה לא ניווהו המחברים להקנות אג"ק ש"מ דאינו מועיל כו' אף ויתן להם מתנות ביהושפט כתיב עכ"ד. הנה מ"ש התומים דאין קנין חצר בעובד כוכבים כ"כ נמי בנחלת שבעה בסי' ל' בתשובת מהרש"ק שם והוכיח דכיון דחצר הוא מדין שליחות ואין שליחות לעובד כוכבים כו' והאריך בזה והביא ד' רבינו ירוחם ח' אדם וחוה נתיב כ' ח"ב שכ' וז"ל לצאת ידי שניהם יקבל מהעובד כוכבים מעות בשביל אוזן הבהמה פרוטה וימשוך הבהמה או יקנה להעובד כוכבים המקום שהבהמה עומדת שם ויקנה לו אגביו אוזן הבהמה עם העובר כו' הרי מבואר שלא מדין חצר קני לי' אלא מתורת מטלטלין אג"ק עכ"ד יעוש"ה:

וכן הוא דעת הט"ז ביו"ד סי' ש"כ ס"ק ז' במ"ש המחבר שם ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם והמקום יקנה לו חלק באם והוא מד' הטור בשם הרא"ש בריש בכורות גבי רב מרי בר רחל כו' וכ' הט"ז דכונתו משום קנין אג"ק ולא פי' משום חצר משום דס"ל דאין חצר לעובד כוכבים משום דאין שליחות לעובד כוכבים וכמ"ש המהרש"ק הנ"ל וס"ל להט"ז כהרי"ו הנ"ל. אבל באמת קשה דהא פריך הגמ' בע"ז ע"א ב' ותקני לו כליו וכלים מטעם חצר הוא קונה וכמ"ש בשימקו"ב בפ"ק דמציעא ט' ב' גבי הא דפריך הגמ' ואי א"ל קני מי קני חצר מהלכת היא הרי מוכח דמהני קנין חצר בעובד כוכבים וכן ראיתי בקצה"ח לקמן בסי' קל"ד ס"ק ג' ובמקור חיים סי' תמ"ח ס"ק ה' שהק' כן על מהרש"ק הנ"ל ועי' בס' טור האבן בסי' י"ח שכ' נמי להוכיח דיש קנין חצר לעובד כוכבים מד' הגמ' הנ"ל ואח"כ דחה זה וכ' די"ל דמיירי בעומדת בצד כליו דאז הוי מטעם יד וכ"כ בס' בגדי ישע חאו"ח סימן ב' אות ז' לדחות כן ראי' המקור חיים הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. ובאמת בקצה"ח שם כ' דל"ל דאיירי בעומד בצד כליו דאי נימא דאין חצר לעובד כוכבים גם בסמוכה לא מהני ועוד דכבר כ' הה"מ כו' הא דאמרו בחצר עומד בצדו היינו בתוכה כו' ומדפריך מכי מטא לאויר קני' מוכח דקונה לו אוירו עכ"ד. וגם המקור חיים שם כ' דל"ל דאיירי בעומד בסמוך כו' ועי' בספר עונג יו"ט חאו"ח סימן כ"ח מ"ש על ד' הקצה"ח אלו והאריך בזה ועי"ש עוד בסי' כ"ט מ"ש בזה יעוש"ה. אך הקצה"ח בעצמו דחה ראי' זו דהתם קאי אליבא דרב אסי כו' ולרב אסי ודאי יש חצר בעובד כוכבים כו' אבל לא לדידן כו' ועי' בספר פרת יוסף סימן כ"ז מ"ש בזה דאין ראי' מהגמ' הנ"ל אך הקצה"ח הביא ראי' אח"כ דמהני קנין חצר בעובד כוכבים מיו"ד סימן קל"ז מד' הרמ"א שם שכ' דצריך דוקא עכבת יין אפומא דכוזא כו' וקושי' מהרש"ק הנ"ל מהא דאין שליחות לעובד כוכבים עי' בקצה"ח שם מ"ש ליישב והמקור חיים שם כ' ליישב עפ"ד הר"ן במתנה דראה אותן רצין כו' והאריך בזה ופי' הקצה"ח שם דיש קנין חצר לעובד

לעובד

לעובד כוכבים וכן המקור חיים שם פ' דבאר המשתמרת יש קנין חצר לעובד כוכבים ודלא כמהרש"ק והתומים הנ"ל ועי' בנתיבות בפתיחה בסימן ר' ובנודע בשערים ח"א בחו"ח סימן ז' א' מ"ש בזה. ושוב ראיתי במהרי"ט אלגזי בריש פ"ב דבכורות י"ג א' שהק' על מהרש"ק מהא דפריך הגמ' הנ"ל ותקני לי' כליו ומיישב קושי' מהרש"ק הנ"ל מהא דאין שליחות לשבד כוכבים והאריך בזה וכ' דכונת הרא"ש והטור ביו"ד הנ"ל הוא מטעם חצר ופ' דיש קנין חצר לעובד כוכבים והיינו כהקצה"ח והמקור חיים הנ"ל וכ"כ בחת"ס סופר חיו"ד סימן ש"י ובחידושיו בע"ז ע"א ב' דיש קנין חצר לעובד כוכבים אך לא מטעם יד או שליחות אלא מטעם רשות כמו קודם מתן תורה והאריך בזה. ועי' בהגהות אמרי ברוך ביו"ד שם ובגליון מהרש"א שם ובגליון מהרש"א בע"ז שם ובגליון ש"ע מהגאון רע"א בסי' ר' ובברית אברהם חאו"ח סי' כ"ח מ"ש בזה יעוש"ה:

ומ"ש התומים הנ"ל דקנין אג"ק אינו בעובד כוכבים מהא דלא ליוזהו המחברים גבי בכור ותמן להקנות אג"ק כו'. הנה ברי"ו הנ"ל מבואר להדיא דיש קנין אג"ק בעובד כוכבים וכן השיג הקצה"ח בס"ק ו' על התומים מד' רי"ו הנ"ל אך ראיתי במהרי"ט אלגזי שם שהק' על מהרש"ק שהוכיח מד' רי"ו הנ"ל דיש קנין אג"ק בעובד כוכבים דהא קנין אג"ק אינו אלא מדרבנן וכמ"ש התוס' בב"ק י"ב א' כו' וא"כ איך בקנין אג"ק דמדרבנן מפקינן מקדושת בכור כו' אלא למ"ד דקנין דרבנן לא מהני לאיסור דאורייתא אמאי איכא למימר. ורי"ו הוא מהכת הסוברים דלא מהני כו' וא"כ איך בקנין אג"ק דרבנן יועיל להפקיע איסור קדושת בכור דמה"ת ועכ"ל דמדין חצר קאמר ומ"ש רי"ו ויקנה לו אגביו לאו דוקא האי לישנא דאגב כו' ולשון אגב לשון מושאל הוא עכ"ד יעוש"ה. וכן י"ל דס"ל להתומים הנ"ל ומש"ה כ' דאין קנין אג"ק בעובד כוכבים. אבל באמת ד' המהרי"ט אלגזי הנ"ל תמוהים דמה שהק' על הרי"ו כיון דקנין אג"ק דרבנן אינו מועיל להפקיע איסור קדושת בכור דמה"ת לק"מ די"ל דרי"ו ס"ל דקנין אג"ק דאורייתא וכן ס"ל להתוספת בקידושין ה' א' ד"ה שכן כו' והריטב"א בקידושין כ"ו ב' דקנין אג"ק דאורייתא ועי' בקצה"ח לקמן בסימן ר"ב ס"ק ה' שכ' דגם דעת רש"י כן בר"פ הזורק דקנין אג"ק דאורייתא וא"כ י"ל דגם רי"ו ס"ל כן ולק"מ קושי' מהרי"ט אלגזי הנ"ל. וגם פשט ד' רי"ו הנ"ל משמע שהוא מטעם אג"ק ולא מטעם חצר וכמ"ש המהרש"ק הנ"ל וא"כ מוכח מרי"ו דיש קנין אג"ק בעובד כוכבים ודלא כהתומים הנ"ל. וכן מבואר להדיא מד' הרמב"ן במלחמות בפסחים ל"א דיש קנין אג"ק בעובד כוכבים וכן ס"ל להש"ג הובא דבריו במג"א בחו"ח סי' תמ"א ס"ק א' דיש קנין אג"ק בעובד כוכבים יעוש"ה ועי' בחת"ס סופר חחו"מ סימן ס"ו מ"ש בזה וא"כ ממילא אין ראי' לר"ת דחליפין קונה בעובד כוכבים. אבל מ"מ העיקר לדינא כר"ת דחליפין קונה בעובד כוכבים וכמ"ש התומים וכן פ' בשער אפרים שם כר"ת כו' והביא ד' התה"ד סימן ר"ע דס"ל כר"ת והאריך בזה וכן ס"ל להש"ג שם בסימן תמ"א כר"ת וכן פ' בהגהות חכמת שלמה ובברית יעקב שם כר"ת ועי' בתשובת עבודת הגרשוני סימן ק"כ ובקצה"ח לקמן בסימן קל"ה ס"ק א' ובחק יעקב בסימן תמ"ח ס"ק י"ד ובמחצית השקל שם ס"ק ד' ובמגן האלף שם ס"ק ה' ובבית מאיר בסימן תמ"א ובמעין גנים בסימן תמ"ח ובנשמת אדם בהל' מכירת חמץ שאלה ה' ובלבושי שרד בחידושי דינים ליו"ד אות קי"ג ובעלי לבונה ביו"ד בסימן קל"ב סעיף ב' ובזיד אברהם ביו"ד סימן ש"ך ובדעת קדושים בסוף הספר במשמרת הקודש בקונטרס התשובות סימן ל' ובמעיני החכמה בב"מ מ"ו א' ד"ה ניקנו כו' ובספר פרת יוסף סימן ע"ו ובספר חידושי מהרשד"ם באות ח' חליפין מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ואכע"מ להאריך בזה ואי"ה במ"א אבאר זה באריכות:

סעיף טז (ג) **ואשר** לא טוב עשה כו'. זה הבא בהרשאה עי' במחנה לוי בשבועות ל"א א' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן קכה

סעיף ז (א) **והוא** שנותן לו עתה החפץ. עי' בקצה"ח בס"ק ד' שכ' דטלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני בעבד כמו דלא מהני באשה כו' וכ"כ הריטב"א בחידושיו לקידושין כ"ג ב' ד"ה איבעיא לשו דלא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע גבי שטר שחרור וכ"כ המקנה בקידושין ס"ג א' בתוס' ד"ה כגון כו' ובתוס' רע"א במשניות בגיטין אות ח' ובגרש ירחים שם ט' ב' תוס' ד"ה לא יתנו וי"ג א' בתוס' ד"ה האומר כו' ובחת"ס סופר חחו"מ סי' קל"ט בהשמטות ובאה"ע ח"א סימן פ"ב דטלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני בשטר שחרור והשיג החת"ס סופר שם על המכתב אלי' והאריך בזה: אך הנתיבות לקמן בסי' קפ"ט ס"ק א' הוכיח דבשטר שחרור מועיל אף טלי גיטך מע"ג קרקע וכ"כ בספרו תורת גיטין בגיטין ט' ב' בתוס' ד"ה לא יתנו והאריך בזה ולא ראה ד' הריטב"א הנ"ל. ולפ"ד החת"ס סופר בסימן קל"ט הנ"ל נדחה ראי' התורת גיטין שם ועי' בתפארת ירושלים במשניות שם שהשיג על הגאון רע"א והביא ד' הנתיבות הנ"ל וגם הביא ראי' מד' רש"י בתמורה כ"ה ב' ד"ה אלו כו' דבשטר שחרור מהני טלי גיטך מע"ג קרקע יעוש"ה. ועי' בחמדת שלמה בחידושיו בר"פ הזורק ע"ז ב' בתוס' ד"ה ותיזל כו' שהשיג על התורת גיטין הנ"ל והאריך בזה וסיים דדבריו תמוהים והיינו דס"ל כהריטב"א והמקנה ותוס' רע"א והגרש ירחים והחת"ס סופר הנ"ל ועי' בנודע בשערים ח"ב בחידושיו לגיטין ט' ב' מ"ש על ד' התורת גיטין הנ"ל והאריך בזה ועי' בספר עין יצחק חיו"ד סימן כ"ו שכ' דדין זה אי מהני טלי גיטך מע"ג קרקע גבי שטר שחרור תליא בפלוגתת הט"ז ביו"ד סימן רס"ז ס"ק מ"ד והב"ח שם והאריך הרבה בזה ועי' עוד בספרו באר יצחק חחו"מ סימן א' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן קכו

סעיף א (א) **מנה** שיש לי בידך כו'. עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכתב וז"ל נסתפקתי בלוה שאמר למלוה רבית קצוצה שיש לי בידך תנהו לפ' אם מהני בזה מ"ג די"ל כיון דאין עליו שום שעבוד רק קיום מלוה דמה"ט אין ב"ד יורדין לנכסיו כו' י"ל דל"ש בזה קנין מ"ג וצ"ע לדינא עכ"ל. וכ"ל להוכיח הך דינא מד' הרי"ף בר"פ שור שנגח ד' וה' ל"ו ב' שכתב דהא דאמר רב יוסף אנן יד עניים אנן דלא גרע מדינא דהדיוט דקני במ"ג ואף דלדקה אינו אלא קיום מלוה וליכא שעבוד ועי' בר"ן בפ' נערה שנתפתתה מ"ע ב' שהביא בשם הרשב"א דבלדקה אין יורדין לנכסיו יעוש"ה ואפי"ה אית בהו דינא דמ"ג וה"ה גבי רבית קצוצה נמי מהני מעמד שלשתן לד' הרי"ף הנ"ל. אך לפמ"ש הקצה"ח לקמן בסימן ר"ל ס"ק ג' דבלדקה איכא שעבוד נכסי ויורדין לנכסיו והאריך בזה וכ"כ עוד הקצה"ח בסימן ל"ט ס"ק א' דבלדקה יורדין לנכסיו וברבית אין יורדין לנכסיו וא"כ אין ראי' מד' הרי"ף הנ"ל דהתם גבי לדקה דיורדין לנכסיו מש"ה מהני מ"ג אבל גבי רבית דאין יורדין לנכסיו י"ל דלא מהני מ"ג. אך הנתיבות בסימן ר"ל שם ס"ק ה' השיג על הקצה"ח וכ' דליכא שעבוד נכסים רק במקום שדין ב"ד לכופו על הלדקה כגון לפרנס קרובו כו' אבל לדקה שבא עליו מכח דבור פיו הוי כנדר וליכא שעבוד נכסי' עכ"ד וא"כ שפיר

שפיר יש ראי' מד' הרי"ף הנ"ל דהא התם הוי לדקה שבא עליו מכח דבור פיו ואין יורדין לנכסיו ואפ"ה כ' הרי"ף דמהני מ"ג וה"ה נמי לענין רבית דמהני נמי מ"ג ועי' עוד בנתיבות בסימן ר"נ ס"ק ד' ובקצה"ח שם ס"ק ו' ובחוות דעת ביו"ד בסימן קס"א ס"ק ו' ובמח"א הל' רבית סי' א' ובספר נחל יצחק בסימן ל"ט בשעבודא דאורייתא סימן ב' ובספר אמרי בינה ח"א בסוף הספר בתשובה ג' מ"ש בזה יעוש"ה ואכע"מ להאריך בזה :

סעיף יא (ב) **טען** לוי שהי' שמעון עני כו' . עי' בקצה"ח לקמן בסימן רכ"ד ס"ק ב' שכ' דל"א כל מי שנולד הס' ברשותו עליו להביא ראי' אלא היכא דאיכא חזקת הגוף כו' והביא ראי' מדינא דהכא והאריך בזה . הנה מ"ש דל"א כל מי שנולד הס' ברשותו אלא היכא דאיכא חזקת הגוף כבר הקדימו בזה הסמ"ע לקמן בסימן ר"ל ס"ק י"ד ובסימן רל"ב ס"ק ל"ה ובתשובת עבודת הגרשוני סי' פ"ז ובתשובת שב יעקב סימן ו' יעוש"ה ועי' בדברי משפט בסימן רכ"ד ס"ק א' מ"ש בזה ומה שהביא הקצה"ח ראי' מדינא דהכא עי' בדברי חיים בדיני מכירה סימן מ"א בד' בן המחבר שם שדחה ראי' זו עפמ"ש הדברי' חיים שם דבדברי ובדרי ל"א כל מי שנולד הס' ברשותו עליו להביא ראי' ועי' בסימן רכ"ד שם בס"ק ב' מ"ש בזה על ד' הקצה"ח הנ"ל יעוש"ה :

סעיף כב (ג) **שאם** הנפקד או הלוה עובד כוכבים כו' . עי' בש"ך ס"ק ל"ב שהביא ד' מהרשד"ם בסימן שנ"ט שכ' דכי היכי דאין מ"ג בעובד כוכבים כו' ה"ה בישראל מומר כו' והש"ך השיג עליו דדוקא בעובד כוכבים ס"ל דאין בו דין מ"ג דלא עדיף מ"ג מזכי' גמורה כו' אבל ישראל מומר הא אית לי' זכי' כו' ומהם באה"ע סי' ק"מ עכ"ד . וכונתו דהא מבואר שם דישראל מומר עושה שליח לגרש את אשתו ומשלח ושליח שווים הם ועי' בשעהמ"ש בס"ק ע"ו שכ' דלא ראה הש"ך ד' הב"י בתשובה בדיני גיטין בסימן י' שכ' לדחות ראי' זו דדוקא לענין גיטין עושה ישראל מומר שליח כיון דאיתא בתורת גיטין וקידושין אבל לענין שליחות בעלמא לאו בר שליחות הוא כיון שאינו בן ברית במצות ושפיר ד' מהרשד"ם . אך השעהמ"ש הק' עליו מד' הגמ' בגיטין כ"ג ב' דאמרינן התם אין העבד נעשה שליח לקבל גט לאשה מיד בעלה לפי שאינו בתורת גיטין וקידושין מתקיף לה ר"א טעמא במלתא דליתא הא במלתא דאיתא כשר והא עובד כוכבים דאתנייהו בתורת תרומה כו' אין תרומתן תרומה מ"ט לאו משום דכתיב אתם גם אתם מה אתם ישראל אף שלוחכם ישראל אמרי דבי ר"י לא מה אתם ב"ב אף שלוחכם ב"ב ופירש"י לאפוקי עובד כוכבים אבל עבד ב"ב הוא כו' אלמא אף דעובד כוכבים איתא בתרומה דנפשי' מ"מ לאו בר שליחות הוא לענין תרומה כיון שאינו ב"ב וא"כ א"א דישראל מומר לאו ב"ב הוא אף לענין גיטין לאו בר שליחות הוא אף דאיתא בתורת גיטין וקידושין כמו עובד כוכבים לענין תרומה עכתוש"י והניח בצ"ע : וי"ל דס"ל להמהרשד"ם הנ"ל כמ"ש הגט פשוט באה"ע סימן קכ"ג ס"ק ז' דמה שאנו עושים כן גבי גט הוא בצירוף שא"ל התלה זכה בגט זה לאשתי וא"כ אזר ולוקח הגט ומוסרו לו ואומר הולך גט לאשתי כו' והיא מגורשת מטעם ש"ס כו' עכ"ד יעוש"ה וא"כ אין ראי' מגט אעלמא ושפיר י"ל דבעלמא אינו בר שליחות ואינו בר זכי' וכמ"ש המהרשד"ם הנ"ל ולק"מ קושי' השעהמ"ש הנ"ל . ועי"ש עוד בג"פ ובכנה"ג באה"ע סי' קמ"א בהגהות הטור אות קי"ט ובאבן עוזר באו"ח סימן קפ"ט ובחידושי רע"א בגיטין כ"ג ב' ובתוס' רע"א במשניות שם אות י"א ובגט מקושר בסדר גט ראשון אות ז' ובקו"א באות ב' ובדברי משפט בס"ק ה' ובפרמ"ג בפתיחה כוללת באו"ח ח"ד אות ד' ובדברי אמת בענין קניינים סימן א' ובספר פתח הבית בדיני שליחות ובספר ברית יעקב החו"מ סימן ו' מ"ש לענין שליחות מומר והאריכו בזה יעוש"ה :

(ד) **והמקבל** עובד כוכבים. עי' בקצה"ח בס"ק ע"ו שהק' מהא דאמרינן בנזיר י"ב א' דא"א יכול לעשות שליח בדבר שלבל"ע כו' וא"כ ה"נ הכא כו' דהא ה"ל דבר שאינו ברשותו כו' והשיג מכח זה על הש"ך בס"ק פ"ז כו' ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר שם מ"ש ליישב קושי' זו והאריך בזה . ובעיקר דין זה אם יכול לעשות שליח בדשלבל"ע עי' בדורש לציון דרוש י"ג ובשושנת העמקים כלל כ"ג ובנתיבות בסי' רמ"ג ס"ק ו' ובתשובות רע"א סימן קמ"א ובנודע בשערים ח"א סימן א' ובספר עין יצחק האה"ע סימן ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(ה) **חייב** הלוה לפרוע כו' . עי' בש"ך ס"ק ל"ט שהשיג על המחבר דהא לא זכה ישראל שני דאין ביד עובד כוכבים לזכות לישראל ע"י ישראל כו' ועי' בתומים ס"ק כ"ז מה שהביא ד' השימקו"ב בב"מ שם בשם הריטב"א והאריך בזה וכן ראיתי בהגהות אמרי ברוך שהביא ד' הריטב"א הנ"ל להשיג על הש"ך וכבר קדמו התומים בזה ועי' בדברי משפט ס"ק ה' מ"ש על ד' הש"ך והאריך הרבה בזה ועי' בדברי אמת בענין קניינים סימן א' ובספר מנחת הבקר בב"מ שם ובספר אמרי בינה ח"א בדיני פדיון הבן סימן ו' מ"ש והאריכו בזה יעיש"ה :



הלכות ערב

סימן קכט

סעיף א (א) **אבל** אם קנו מידו כו' . עי' בש"ך ס"ק ד' שהביא בשם הב"י בסימן ר"ז שכ' משום דתולה בדעת אחרים לא הוי אסמכתא . וקשה לי על ד' הב"י מהא דקאמר הגמ' ב"ב קע"ז ב' אמר אמימר ערב דמשתעבד מחלוקת ר"י ור' יוסי לר' יוסי דאמר אסמכתא קניא ערב משתעבד כו' א"ל רב אשי לאמימר הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד כו' ולד' הב"י הנ"ל הא ערב הוי תולה בדעת אחרים ולא הוי אסמכתא וצ"ע ליישב :

סעיף יב (ב) **בהג"ה** במגו דיכול לומר כו' . עי' בספר משנת דר"א שהביא ראי' מזה להש"ך לעיל בסימן קכ"ו ס"ק נ"ו דהיכא דא"נ אלא במגו צריך לשבע היסת אף בטענת שמא יעוש"ה :



סימן קלג

סעיף ב (א) **נאמן** במגו דנאנסו : עי' בש"ך ס"ק ג' שכ' דלטעם הב' שכ' הסמ"ע לעיל בסימן ע' כו' דמכח החזקה דאנן סהדי כו' ל"ל מגו וא"כ הכא א"נ במגו דנאנסו וכן משמע בתוס' בפ' חזה"ב מ"ה ב' כו' וא"כ ד' המחבר צ"ע עכ"ד. ועי' בהגהות מהרי"ם שהק' מד' התוס' ב"מ ה' א' ד"ה מסרי לי' כו' וכ' דכונת התוס' דמסירה בעדים הועילו לחייב הרועה כעין ש"ד כו' עכ"ד וכבר קדמו בזה המהר"ם שי"ף שם בכונת ד' התוס' הנ"ל יעוש"ה. אבל באמת דע"ם הוא בתוס' וצ"ל דמיירי בא"ל אל תחזירני אלא בפני פ' ופ' דאי מיירי דלא א"ל רק אל תחזירני אלא בעדים אכתי קשה דהא יכול לומר החזרתי בפני פ' ופ' והלכו למדה"י וכיון דמיירי בא"ל אל תחזירני אלא בפני פ' ופ' נמ"ה א"נ במגו דנאנסו אבל היכא דא"ל אל תחזירני אלא בעדים שפיר י"ל דס"ל להתוס' דנאמן במגו דנאנסו ואין ראי' מד' התוס' הנ"ל ועי' במעיני החכמה בב"מ שם מ"ש על ד' התוס' הנ"ל. עוד כ' הש"ך וז"ל שוב מצאתי כדברי במרדכי ובהגהות אשר"י כ' ראבי"ה דה"מ כאם התרה בדשוי' ראה וא"ל אל תחזיר אלא בפני פ' ופ' שאל"כ א"ל מגו דהחזרתי לך עכ"ל ודבריו תמוהים דהא הראבי"ה הנ"ל קאי היכא דא"ל אל תחזיר אלא בפני פ' ופ' וי"ל דס"ל לראבי"ה כהרי"ף ורש"י דס"ל דהיכא דא"ל אל תחזיר אלא בפני פ' ופ' אפי' הביא עדים שפרע בפניהם לא מהני וה"ה דמגו לא מהני אבל היכא דא"ל אל תחזיר אלא בעדים גרידא דמהני עדים י"ל דה"ה מגו נמי מהני וצ"ע. ועי' בנתיבות בס"ק ה' ועי' בט"ז מ"ש על ד' המחבר בזה ועי' בתומים בס"ק א' מה שהשיג על הש"ך והאריך בזה ועי' לעיל בסימן ע' ס"ק ו' מ"ש על ד' התומים והט"ז והארכתי בזה יעוש"ה ועי' בשעה"מ בס"ק ב' ובדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר שם ובספר משנת דר"א ובחידושי הרי"מ בס"ק ב' ובספר מנחת הבקר בב"מ שם מ"ש בזה :

סעיף ז (ב) **והלה** טוען שנגנבו כו' : עי' בש"ך ס"ק י"ב שכ' דמגו להוליא גוף החפץ היכא דמוחזיר הדמים אמרינן והאריך בזה ועי' בקצה"ח בסימן פ"ב ס"ק י"ב מה שהק' מד' התוס' בריש ב"מ ומה שתי' על זה ובקצה"ח כאן ס"ק ז' ובנתיבות ס"ק ח' ובדברי משפט ס"ק ג' ובבית יהודא מ"ש בזה ועי' לעיל בכללי מגו בסימן א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ועי' בשעה"מ ס"ק ה' מה שהק' על דין זה דגנובים ממני דא"כ וה"ה גזולים ממני דא"כ מסכינא דאשכבתא כו' והאריך בזה והניח בצ"ע ועי' בספר מנחת הבקר שם שכ' דהשעה"מ סותר ד"ע מסימן ד' כו' ומ"ש ליישב קושי' הנ"ל יעוש"ה :

סימן קלד

סעי' א (א) **לתקן** נתתיו לך. עי' בסמ"ע ס"ק ב' שכתב דאם טוען השאלתיך והם כלים שאין עשוי' להשאיל א"נ במגו כו' דה"ל מגו להוליא ועי' בתומים ס"ק א' שהשיג עליו דל"ש כיון מגו להוליא כו' ועי' בדברי משפט בס"ק א' שהביא ראיה להסמ"ע כו' והאריך בזה ועי' בספר תשואת חן בסימן נ"א שכ' נמי דלדינא העיקר כהסמ"ע והאריך בזה ועי' בדברי חיים בדיני ח"מ וח"ק בסימן ב' שהביא ראיה להתומים מד' הסימקו"ב בב"מ ו' כו' והאריך בזה ועי' בשעהמ"ש בס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה :

סימן קלה

סעיף א (א) **דכיון** שהיא מהלכת כו' עי' בדברי משפט בס"ק א' שהביא ראיה להש"ך בסימן ע"ב ס"ק ק"ה שכתב דהיכא דליכא עדי ראה נאמן במגו כו' מדברי התוס' בגיטין כ' ומד' חידושי הרמב"ן ב"ב ל"ו כו' ועי' לעיל בסימן ע"ב ס"ק כ"ט מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

סימן קלו

סעיף א (א) **בהג"ה** וכן כובסת כו'. עי' בקצה"ח בס"ק א' מ"ש לענין סימן מובהק אי מהני להוליא מיד המוחזק ועי' לעיל בכללי תפיסה בסימן ז' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה

סימן קלח

סעיף א (א) **ב'** שהי' אוחזים כו'. עי' בחידושי הרמב"ן ב"ב ל"ד ב' ובחידושי הריטב"א בריש ב"מ שכתב וז"ל ובכל הנך דיני בין בדינא דיחלוקו בשבועה או בלא שבועה בין בכל דאלים גבר א"נ ביהא מונח הני בברי וברי אבל בברי ושמא בכולהו ברי עדיף דהא ליכא לחד מנייהו חזקה דממונא אבל היכא דאיכא חזקה דממונא לחד מנייהו בין דאיתא השתא ברשותו בין דמוקמינן בחזקת מ"ק כגון המחליף פרה בחמור לרבנן אפילו בברי ושמא דלא קיי"ל כסומכוס כלל אלא כרבנן דאמרי זה כלל גדול בדין הממע"ה ואפילו ניזק או' ברי ומזיק או' שמא עכ"ל. מד' הרמב"ן והריטב"א אלו מוכח כהפ"י בריש ב"מ ד"ה זה ישבע כו' שכ' דהיכא דאחד מהם טוען ספק שהוא הגבי' אותה קודם דלא מהני תפיסת האחר מס' עכ"ד יעוש"ה ומד' הרמב"ן והריטב"א הנ"ל מוכח להדיא כהפ"י דבכה"ג ברי עדיף וכן ראיתי בשעה"מ בס"ק ג' שכ"כ. אך כ' דמד' התוס' בריש פ' הבית והעלי' משמע להיפוך וא"כ כתב דהרמב"ן והריטב"א לא כ' אלא באוחזין בשפת הבגד כו' אבל אם הם אוחזין בגוף הבגד כו' ל"א בזה ברי עדיף כו' יעוש"ה ועי' בשעהמ"ש בסימן קס"ד ס"ק א' ובספר שאילות שמואל חיו"ד סימן כ"ג מ"ש בזה. ועי' בקונטרס הספיקות בכלל א' אות ז' שהק' אהאי דינא דהרמב"ן הנ"ל מד' התוס' בפ' השואל צ"ז ב' ד"ה לימא כו' שכתב דלסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין חשיב כאלו שניהם מוחזקים כו' וא"כ לפ"ז אפילו לרבנן דפליגי על סומכוס היינו דוקא היכא דאיכא חזקת מ"ק או חזקת ממון אבל היכא דאין שום אחד מהם מוחזק בו כלל כיון דאינהו ג"כ מודים לסומכוס ראוי להיות נדון כאלו שניהם מוחזקים בו כו' וא"כ ראוי שלא יהני רובא או ברי ושמא להוליא מחלית אידך מחזקתו דחשיב כאלו הוא מוחזק. ותי' דדוקא לסומכוס דס"ל לעולם חולקין ואפילו שיש לאחד מהם חזקת ממון או חמ"ק ע"כ דס"ל דכל ס' שיש בו דררא דממונא חשיב כאלו שניהם מוחזקים בו וכ"א מוחזק במחליתו אבל לרבנן אע"ג דמודו דבכה"ג חולקין מ"מ לא מטעמי' הוא דאליבא דסומכוס חשיב כאלו שניהם מוחזקים בו ולרבנן שניהם אין מוחזקים בו ולפי שאין לומר בו אוקי ממונא בחזקת מארי' מש"ה חולקין עכ"ד. ודבריו תמוהים דהא כ' התוס' בריש הבית והעלי' קט"ז ב' ד"ה לימא כו' וז"ל ועוד דבפ' השואל פי' דכל ממון המוטל בס' חשיב כאלו שניהם מוחזקים בו עכ"ל והתם קאי אליבא דרבנן ואפ"ה כתבו התוס' דחשיב כאלו שניהם מוחזקים הרי להדיא דלא כהקונטרס הספיקות הנ"ל

הנ"ל. ושוב ראיתי בס' נחל יצחק בסימן ל"א ס"ק ד' שהק' כן על הקונטרס הספי' ועיי"ש עוד מ"ש על הרמב"ן והריטב"א הנ"ל והאריך בזה. וקושי' על הרמב"ן הנ"ל עי' בדברי משפט בס"ק א' שכ' ליישב בטוב עפ"ד התה"ד בסימן כ"ד והאריך ועי"ש עוד בקונהספ"י אות ו' מ"ש בזה ומ"ש הרמב"ן והריטב"א הנ"ל אבל היכא דאיכא חזקה דממונא כו' מוכח דס"ל דלא מהני ברי להוציא מחזקת מ"ק ועי' לעיל בכללי תפיסה בסי' ב' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

(ב) **יושבים** בלד ערימה. עי' בנתיבות בס"ק א' מה שהק' מד' התוס' בסוגיא דרכוב ומנהיג כו' וכ' לחלק בין מציאה לבין מקח וממכר כו' ועי' בדברי משפט בס"ק א' ובספר שאילות שמואל שם מ"ש ליישב קושיא זו ולפ"ד אין חילוק בין מציאה לבין מו"מ ועי' בשעהמ"ש ס"ק א' ובשערי תורה ח"ב כלל כ"ב מ"ש בזה ועי' בש"ך ס"ק א' שכ' דדוקא שניהם יושבים בלדה דאל"כ אף שהיא בסימטא לא חשיב כאלו שניהם מוחזקים בה כו' ועי' במנחת יעקב בסוף הספר בתשובות סימן י' י"א מ"ש על דברי הש"ך והאריך בזה יעוש"ה:

(ג) **ב"א** מהם נשבע בנק"ח. בשעהמ"ש ס"ק ד' הק' בהא דקאמר המשנה בריש ב"מ או שיש להם עדים חולקים בלא שבועה כיון שכ"א טוען כולה שלי א"כ הרי מודה שהעדים שקרנים הם דהא הם או' רק דהחצי שלי ואמאי יהי' חולקים בל"ש עכקוש"י ודחק ליישב. ובאמת לק"מ דהא דטוען כולה שלי איננו בתורת ודאי אלא בדדמי דתרווייהו בהדי הדדי אגבוהו וכ"א טוען בדדמי שהוא הגבי' תחלה וא"כ שפיר אמרינן שלא הוכחשו העדים כלל אלא האמת כמו העדים אלא שהוא היה בטעות אבל בעדים ל"ש טעות דבב' עדים ל"א דאומרים בדדמי וכמבואר ברא"ש בפ' האשה שלום ובאה"ע בסימן י"ז ולק"מ קושי' השעהמ"ש הנ"ל. וכן ראיתי בס' מנחת הבקר בריש ב"מ שכ' ליישב כן ועי' בס' מהר"י הכהן מהדו"ת בשער הענינים סימן ל"ח מ"ש ליישב קושי' הנ"ל והאריך בזה. עוד כ' השעהמ"ש להסתפק דאם יש רק ע"א שמעיד דתרווייהו בהדי הדדי אגבוהו וכ"א או' כולה שלי אי חולקין בל"ש כו' דהרי יש עד המסייע לכ"א דעכ"פ חציו שלו א"ד כיון שאין עד מסייע לכ"א לגמרי דהא כ"א או' כולה שלי בכה"ג אינו פוטר עד מסייע כו' והביא ראיה מד' הרא"ש בריש ב"מ כו' וסיים בל"ע וכ"כ במנחת הבקר שם להסתפק בזה משום דבע"א י"ל דאו' בדדמי וכ"א מכחישו ואו' כולה שלי ועי' בספר בית הלוי ח"ג סימן ל"ה אות ג' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

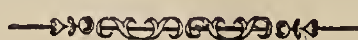
(ד) **ויחלוקו.** עי' בנתיבות בסימן ס"ה ס"ק ו' מה שהק' על דברי התוס' בריש ב"מ ד"ה ויחלוקו כו' מהא דנמצא וא"י מה טיבו דאמרינן יהא מונח כו' והאריך בזה ועי"ש בס"ק ד' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה ועי' בספר מעין גנים מ"ש בזה:

סעיף ב (ה) **והאו'** חצי' שלי ישבע כו'. בסמ"ע ס"ק ט' הביא דברי התוס' בריש ב"מ שכ' דמש"ה א"צ לומר חצי' שלי במגו דאי בעי אמר כולה שלי משום דמגו להוציא ל"א וכ' הסמ"ע אבל יש חולקים ע"ז והביאו מור"ס בסעיף י"ב כו' ועי' בתומים בס"ק ג' שכ' דדין זה הוא אליבא דכ"ע עפ"ד התוס' שם ועוד דבלא"ה תי' תי' אחרים דל"א מגו ממוחזק לממון כו' והשיג על הש"ך בכללי מגו סימן י"ב שכתב דלפי הגהות מרדכי כו' ליתא להך תי' כו'. ועי' באורים ס"ק ז' מ"ש בזה אבל באמת בלא"ה ניחא דדין זה הוא אליבא דכ"ע דאף אי אמרינן מגו להוציא וגם אי נימא דאמרינן מגו ממוחזק לממון אפי"ה ניחא הא דעכ"פ מגו להוציא הוי מגו גרוע וכן מגו ממוחזק לממון הוי מגו גרוע וא"כ בהאי מגו דכולה שלי הוי מגו להוציא וגם הוי ממוחזק לממון וגם הוי מגו דהעזה וכמו שתי' הנ"י שם כן על קושי' התוס' הנ"ל וגם הוי מגו בדדמי זה ל"א לכ"ע משום דהוי ד' מגו גרוע וכ"כ בספר שורש יוסף בכללי מגו שורש ז' ענף א' דמש"ה ל"א מגו דהעזה לאפטורי משבועה משום דהוי תרי מגו גרוע וכ"כ התומים בכללי מגו סימן ד' דמגו דהעזה ולהוציא ל"א משום דהוי תרי מגו גרוע ועי' לעיל בכללי מגו סימן א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ומש"ה לא מהני כאן מגו ואינו נוטל אלא רביע ואתיא הך דינא שפיר אליבא דכ"ע אף להפוס' דס"ל דאמרינן מגו להוציא וכמ"ש ועי' בשעהמ"ש בס"ק א' ובשערי בינה שער כ' דין י"ט אות ג' מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף יח (ו) **בהג"ה** במגו שהיה או' חטפה ממני. עי' בקצה"ח בסימן פ"ב ס"ק ט' ובשערי בינה שער כ' דין י"ט אות ו' ובספר נחל יצחק בתפיס בדררא דממונא מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן קלט

סעיף ד (א) **בהג"ה** כל דאלים גבר. עי' בש"ך ס"ק ו' שכ' דבשמא ושמא ל"א כל דאלים גבר וכ"כ הש"ך בסימן ל"א ס"ק ג' ועי' בתומים בס"ק ב' ובאורים ס"ק ז' ובדברי משפט ס"ק ב' ובס' משנת דר"א ובחידושי רע"א בריש ב"מ ד"ה ויחלוקו מ"ש על הש"ך ועי' בשערי בינה שער י"ט אות ב' שהשיג על הש"ך וכ' דאפילו בשמא ושמא נמי אמרינן כל דאלים גבר והאריך בזה. וכן ראיתי במנחת יעקב בסוף הספר בתשובות שם סימן י' דבשמא ושמא ל"א כל דאלים גבר ודעת השואל שם בסימן י"א דאף בשמא ושמא אמרינן כל דאלים גבר והאריך בזה יעוש"ה ולא הביאו ד' הש"ך הנ"ל:



הלכות חזקת קרקעות

סימן קמז

סעיף ב (א) **בהג"ה** זהו סברא אחרת כו'. עי' בסמ"ע ס"ק ג' מ"ש ליישב ד' המחבר ועי' בתומים ס"ק ב' מ"ש לחלק דדוקא בטוען המערער שאולה או שכורה היה בידו בזה צריך לישבע היסת אע"פ שיש לו עדי חזקה אבל בטוען גזולה אין כאן שבועה כו' ומיישב בזה דברי הרמב"ס בפ"א מטוען כו' וקושי' הג"ת על הבעה"ת כו' והאריך בזה וכ"כ בשעהמ"ש בס"ק ב' לחלק כן ומיישב בזה קושי' הג"ת על הבעה"ת כו' והאריך בזה. ולא ראה דברי התומים הנ"ל שכבר הקדימו בזה ועי' בנתיבות ס"ק ד' מ"ש ליישב דברי המחבר ועי' בחידושי הרי"מ ס"ק ד' ובגליא מסכת סימן מ"ש ליישב קושי' הג"ת על הבעה"ת ועי' עוד בחידושי הרי"מ ס"ק ה' מ"ש ליישב דברי המחבר והאריך בזה. וראיתי שם שכ' דמש"ה לא מהני חזקה דאא"פ בתו"ז לפוטרו מהיסת משום דכיון דמהני החזקה להוציא נשאר ספק כו' יעוש"ה. וכונתו כיון דכבר עשתה החזקה פעולתה תו אין בכחה לפטור אף מהיסת וכבר קדמו בזה בהפלאה בקו"א בסי' ל"ו

ל"ו ס"ק ו' ועי' בספר נחל יצחק בסימן ע"ח ס"ק ו' ובסימן ל"ד ס"ק ד' מ"ש והאריך בזה ועי' בסימן ע"ח שם בס"ק ג' מה שכתבתי בזה יעוש"ה :

סעיף ט (ב) **דוקא** שכירות הבית עדיין בידם : עי' בשעהמ"ש ס"ק א' ע' ובבית יהודא ובחידושי הרי"מ ס"ק כ' ובמעין גנים ובדברי חיים בדיני א"ק וא"מ סימן א' ובספר שארית הברכה ב"ב כ"ט א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף י' (ג) **דלא** הוי מערער קמן. עי' בדברי משפט ס"ק ב' מ"ש להשיג על התומים בס"ק ט' מדברי הרמב"ן עה"ת פ' ואתחנן עה"פ לא תענה כו' ועי' לעיל בסימן כ"ט ס"ק א' מה שכתבתי על ד' הרמב"ן אלו יעוש"ה :

סעיף יב (ד) **אא"כ** שכרו בשטר כו'. ומבואר בטור ובב"י דלכ"ע אם יש ג' כיתי עדים שמעידין שדרו בו כל כת שנה אחת ושכרו בשטר ודאי דהוי חזקה בנקיטי אגר ביתא ועי' בשעהמ"ש ס"ק י"א שהק' דהא הוי חצי דבר לשיטת הרי"ף כו' והניח בצ"ע ועי' בשעהמ"ש בסימן ל' ס"ק י"א מ"ש ליישב קושיא זו ואח"כ הק' מסימן ר"ס כו' והאריך בזה ועי"ש בס"ק י"ד מ"ש על השעהמ"ש יעוש"ה ועי' בחידושי הרי"מ ס"ק כ"ט מ"ש ליישב קושיא זו והאריך בזה :

סעיף יג (ה) **אפילו** לא דרו בו שניהן ביחד. וכתב הסמ"ע בס"ק י"ז דקי"ל כריב"ק דאמר דעדי ממון מצטרפין ואפילו בקרקע עכ"ד. ותמוה לי דמאי אפי' דקא' הא אדרבא קרקע עדיפא וכמבואר להדיא בסנהדרין ל' ב' ולרב ורב אידי בר אבין התם אף רבנן מודו לריב"ק בקרקע יעוש"ה וכן ראיתי בס' משנת דר"א שהק' כן על הסמ"ע וצ"ל דט"ס הוא בסמ"ע וצ"ל ואפילו במטלטלין :

סימן קמא

סעיף א (א) **מיום** ליום כו'. עי' בשעהמ"ש ס"ק א' שכ' להסתפק אם חדש העיבור הוא בכלל ג"ש כו' והניח בצ"ע ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק א' שכ' בפשיטות דחדש העיבור בכלל הג"ש יעוש"ה :

סימן קמב

סעיף א (א) **אם** הביא המחזיק עדים כו'. ומשמע מלשון זה דדוקא אם הביא המחזיק עדים דינא הכי אבל אם המערער מודה שהגבי' לו של פירות להוליכו לביתו שהמערער נאמן שלא מכר לו במגו דלא היה מודה לו ועי' בשעהמ"ש ס"ק א' שכתב דמד' התוס' ב"ב ל"ה ב' ד"ה ואי דלי לי' שתי' בתי' הא' דמהני במקום עדים דאכן סהדי כיון דדלי לי' נגא דפירי מודה שהיה הפירות שלו ועוד דאינו רוצה לטעון לפירות הורדתיו אלא תובע הקרקע והפירות הרי להדיא דס"ל בתי' הא' דלא מהני מגו בכה"ג דהוי מגו במ"ע כו' ודחה תי' הב' של התוס' וכ' דהעיקר כתי' הא' הנ"ל והאריך בזה וכ' דכן מוכח מסעיף ב' שכ' אבל אם שמעון המסייע מודה שידע שהכניס ראובן בתוך שלו הוי חזקה כו' ולא מהימן שמעון במגו דאי בעי אמר שלא ידע גם הוא א"ו דהוי מגו במ"ע כו' עכ"ד ובאמת אין ראיה מד' התוס' הנ"ל דהכא הוי מגו בעיקר אכן סהדי כיון דהוא עצמו מודה ושפיר י"ל דאמרי' מגו בכה"ג . וכן ראיתי בנתיבות ס"ק א' שכתב דהיכא למודה מעצמו שסייע דמהימן במגו וכ' דאין ראיה מדברי התוס' הנ"ל משום דהכא עדיף דהוי הפה שאסר כו' ועי' בשעהמ"ש בסימן ע' ס"ק ג' שכ' דאמרינן מגו בעיקר העדים וזהו סתירה למ"ש כאן. אך בסימן ל"ח ס"ק ב' כ' השעהמ"ש דל"א מגו בעיקר העדים וא"כ השעהמ"ש סותר ד"ע בענין זה ועי' לעיל בסימן כ"ט ס"ק א' ובסימן ע"ח ס"ק ד' ו' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ומ"ש השעהמ"ש ראיה מדברי המחבר בסעיף ב' אינו ראיה לפמ"ש הנתיבות בס"ק הנ"ל דבעינן שיאמר בפני ב"ד טעם הניכר כו' ובסעיף ב' מיירי דהודה ולא אמר טעם להסיוע כו' וא"כ כ' עיקר לדינא דהיכא דהודה מעצמו נאמן במגו ודלא כהשעהמ"ש הנ"ל וכן ראיתי בחידושי הרי"מ בס"ק א' שכ' דהיכא דהודה מעצמו נאמן במגו ולא הוי מגו במ"ע משום דהוי הפה שאסר כו' והאריך בזה. אך כ' דדוקא בטוען סתם אבל היכא דטוען גזולה אף שאין עדים סגי בהודאתו ואין מועיל המגו יעוש"ה וכן עיקר לדינא ועי' בדברי משפט ס"ק א' מ"ש לענין אם המערער מודה דאכל שני חזקה ולא מכר לו הקרקע רק השכיר להמחזיק ופרע לו מכבר השכירות כו' אף דיש להמערער מגו אפי"ה א"כ כיון דאכל ש"ח והביא ראיה לזה :

סימן קמה

סעיף ב (א) **שבשנה** שמעיד זה כו'. עי' בתומים ס"ק ג' שהביא ד' המהרש"א ב"ב נ"ג ב' ד"ה אלא מעתה ומ"ש עליו ועי' בנתיבות ס"ק ג' שהשיג על התומים ועי' לעיל בסימן ל' ס"ק ג' מ"ש על המהרש"א והנתיבות והארכתי בזה יעוש"ה :

סעיף ד (ב) **בבבל** אלו ישבע המערער כו'. עי' בתומים ס"ק ה' דמבואר מדבריו דהיכא דהודה המערער דאכל ש"ח רק דטוען שבגזל אכל נאמן המערער במגו דאי בעי אמר לא אכל כלל כיון שאין עדים למחזיק שאכל ש"ח ולא הוי מגו להוציא כו' וכ"כ באורים ס"ק ו' וכ"כ הנתיבות בס"ק ה' ועי' בכתונת פסים בריש פ' חזה"ב שהשיג על התומים מד' התוס' ב"מ ק"י א' ד"ה א"ל כו' ומדברי המחבר כאן בסעיף ג' ומד' הרשב"א שהביא השימקו"ב ב"ב נ"ו ב' כו' והאריך בזה. ואח"כ הביא דברי הרמב"ן בחידושיו ל"ה ב' ד"ה והני מילי דמבואר להדיא כהתומים והניח בצ"ע ועי"ש עוד מה שהק' על הך דינא של המחבר דאמאי אינו חייב המחזיק לשבע ש"ד כמו העדאת עדים דר"ח ומ"ש ליישב יעוש"ה :

סעי' ו (ג) **מה** שמודה בו. עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהק' דמה שמודה יותר מהפסות יהא נאמן במגו דלא אכלתי ומכ"ש בע"א על ב' שנים דיש לו מגו על כל הפירות לא אכלתי כו' ועל השאר שאין העד מעיד דודאי אכ' מהני המגו עכקוס"י והניח בצ"ע. ובאמת כעין קושיא זו הק' בביאורי הגר"א לקמן בסימן שס"ד ס"ק ז' על דברי המחבר שם סעיף ה' וסעיף ז' שדחה שם תי' הא' של הפרישה לא ידענו מאי קאמר דהא זהו תי' ר"י בתוס' ב"ב ל"ד א' ד"ה הוי כו' גבי נסכא דר"א ויש ליישב דבריו בדוחק ועי' בשעהמ"ש סי' ל' ס"ק ב' שכתב ליישב דכיון דצריך להחזיר מקצת הוא מוחזק קצת בגזלן והחזקה שהמוחזק נמי של בע"ה אלים משא"כ כשהמגו על הכל כו' ואח"כ דחה זה וצ"ל כמו שתי' בדברי חיים בדיני גזילה סימן ל"ד עפ"י תי' הב' של התוספות גבי נסכא דר"א יעוש"ה :

סימן קמו

סעיף ט (א) **אין** מוציאין מידו. עי' בנתיבות ס"ק ט' דס' דע"א נאמן להזיק וכ"כ הנתיבות בס"ק ט"ז

ט"ז ועי' לעיל בסימן ל"ג ס"ק ב' מ"ש והארכתי הרבה ובארתי דין זה על נכון יעוש"ה :

סעיף כג (ב) **שהעידו** עליו עדי חזקה. עי' בסמ"ע ס"ק כ"ו הטעם דאף דהוכחשו עדים הללו במקצת עדות מ"מ במאי דלא אתכחשו מהימנין להם כו' ועי' לעיל בסימן ל"א ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף כה (ג) **וישבע** היסת. ואף דע"פ המגו יש לפטור אף מהיסת מ"מ ל"א מגו לאפטורי משבועת היסת וכמ"ש הש"ך לעיל בסימן פ"ו ס"ק קכ"ה ובסימן ל"ה ס"ק י"ז וכ"כ בס' משנת דר"א וכ"כ בשעהמ"ש ס"ק י"א ליישב כן ואח"כ ראה זה מד' המ"מ בפי"ד מהל' טוען כו' וכו' ליישב דמש"ה לא מהימן במגו משום דהוי מגו דהעזה לאפטורי משבועה כו' ועי' לעיל בסימן כ"ח ס"ק ג' מ"ש בזה יעוש"ה :

סימן קמז

סעיף ג (א) **בהג"ה** חזר וטען לקחתי כו' והוא מד' הש"ס בכתובות ק"ט ב' והרמב"ם בפ"ט מטוען השמיט דין זה ועי' בשעהמ"ש ס"ק א' ובשמן רקח ח"א חחו"מ סימן ס"ט מ"ש טעם על השמטת הרמב"ם ועי"ש עוד בשמן רקח סימן ס"ח מ"ש טעם על הרמב"ם שהשמיט הדין של הגמרא הם דלעצמו לא איבד זכותו והאריך בזה יעוש"ה :

(ב) **אם** אין כת"י יוצא ממ"א כו' עי' בשעהמ"ש ס"ק ב' שהק' דהא הוי מגו במקום עדים פסולים כו' והניח בצ"ע. ועי' בנתיבות בכללי מגו בסימן א' מ"ש בזה ולפ"ד מיושב קושי' השעהמ"ש יעוש"ה :

סימן קמח

סעיף ב (א) **וכן** אם היה כו' עי' בדברי משפט ס"ק א' מה שהק' מבכורות מ"ח ב' גבי ב' יוסף ב"ש כו' ועי' בנתיבות ס"ק א' מ"ש והאריך בזה ולפ"ד מיושב קושי' הדברי משפט יעוש"ה :

סימן קמט

סעיף כ (א) **במגו** שהיה טוען כו' עי' בש"ך ס"ק י"ז ואע"ג דס"ל מגו דהעזה אמרינן מגו בכה"ג ועי' בתומים ס"ק ט' שהק' דהא דפריך הגמרא בכתובות י"ז ב' וליתני כו' שדה זו שלך היה ולקחתי ממך מיירי נמי בכה"ג דטוען ברי ששלי היה השדה אבל א"י אם מכרתי לך דנאמן המוציא במגו כו' והאריך בזה ולפ"ד מיושב קושי' הפ"י בכתובות שם על הש"ך ועי' לעיל בכללי מגו בסימן א' מ"ש על דברי התומים בס"ק הנ"ל יעוש"ה :

סעיף כא (ב) **והרי** זה גובה משבחה. עי' ש"ך ס"ק כ' שחולק על הסמ"ע וכו' דלהרמב"ם גובה אפילו מפירות דלהבא כו' ועי' בנתיבות ס"ק ט' שכ' דכאן כ"ע ס"ל דגובה מפירות דלהבא משום דהכא הוי הפה שאסר כו' ואמרינן אף להוציא או ממגון לממון כו' ועי' לעיל בכללי מגו בסימן א' מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' בדברי חיים בדיני הזק"ק וח"מ סי' י"א מ"ש על ד' הש"ך בס"ק י"ט בענין הפה שאסר כו' לענין מגו למפרע והאריך בזה :

(ג) **אבל** אם יצא עליו קול. עי' ש"ך ס"ק כ"ב שכ' דכאן דאיכא קול א"כ במגו כו' ועי' בתומים בס"ק י' מה שהק' מריש פ' האשה שנתארמלה כו' והאריך בזה ועי' בד' משפט ס"ק ב' מ"ש ליישב קושי' זו והאריך בזה יעוש"ה :

סימן קנ

סעיף ד (א) **קודם** שאכל הפירות א"ג. והוא מדברי הטור בשם ר' יונה וכ' הסמ"ע בס"ק ט' דטעמי' דר"י משום דהוי מגו להוציא וכן הוא דעת הט"ז ובש"ך בס"ק ג' כ' דטעמי' דר"י הוא משום דהוי מגו ממגון לממון והשיג על הסמ"ע והאריך בזה. ועי' בקצה"ח ס"ק ב' ובנתיבות ס"ק ג' ובדברי משפט ס"ק ד' ובדברי חיים בדיני חזק"ק וח"מ סימן י"ג ובד' בן המחבר שם מ"ש בזה. ובאמת מבואר להדיא בשימקו"ב ב"ב ל"ג א' גבי עובדא דרבה בר שרשום בשם עליות ר"י כהש"ך דטעמי' הוא משום דהוי מגו ממגון לממון ודלא כהסמ"ע והט"ז הנ"ל וכן ראיתי בהגהות אמרי ברוך ובכתונת פסים בב"ב שם שהביאו ד' השימקו"ב אלו וכ' הכתונת פסים שם דבזה לדקו ד' הב"ח בסימן מ"ו כו' יעוש"ה :

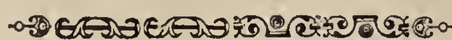
סעיף ו (ב) **נוטל** בלא שבועה. עי' בתומים ס"ק ה' שהק' דהא המחבר פ' דל"א מגו לאפטורי משבועה והניח בצ"ע ועי' בשעהמ"ש ס"ק א' שמיישב בטוב קושי' התומים ועי' עוד בשעהמ"ש ס"ק ב' ליישב קושי' התוס' גבי עובדא דרבה בר שרשום עפ"ד הרא"ש בפ"ק דמציעא :

סימן קנג

סעיף טז (א) **בהג"ה** ובחזקת סולם כו' עי' בסמ"ע ס"ק ל"ב מה שמחלק בין הרחקת גפת כו' דבזה א"ל ג"ש אבל בחזקת זיז כו' בזה לריך ג"ש כו' והאריך בזה והשיג על הט"ז דס"ל דרמ"א הכריע בכל הדינים כהרמב"ם דא"ל ג"ש ומ"ל כהט"ש. וכ"כ בביאורי הגר"א שם בס"ק ל"ט דהרמ"א הכריע על כל הג' סימנים וליין על הט"ז ועי' במהרי"ט ח"א סימן קל"ג משמע נמי דס"ל כהט"ז והט"ש. וכן משמע נמי מד' הגמרא ב"ב נ"ז ב' גבי ממוגא לקולא כהט"ז והט"ש הנ"ל ועי' ברשב"ם שם ד"ה גבי כו' יעוש"ה. ועי' בקצה"ח ס"ק ג' ובסימן קנ"ה ס"ק ט"ז ובנתיבות ס"ק י"ג מ"ש בזה :

סימן קנו

סעיף ז (א) **בהג"ה** וכן דין בחזקת ישוב כו' עי' בתשובת רמ"ך ח"ב חחו"מ מסימן א' עד סימן ל"ה ובספר שם אריה חחו"מ סי' כ' ל' ל"ה ל"ו ובספר תפארת יוסף חחו"מ סימן י"א י"ב ט"ו ובס' ארץ לבי חחו"מ סי' י"ב י"ג מ"ש בענייני חזקות והאריכו הרבה בזה יעוש"ה :



הלכות שותפים בקרקע

סימן קנז

סעיף ה (א) **אם** אחר זמן נפל הכותל כו' בקצה"ח בס"ק ג' הק' על התוס' ב"ב ד"ה לפיכך כו' דמש"ה ל"א כל דאלים גבר משום דהוי דררא דממונא דבמאי הוי דררא דממונא יותר משניהם אוחזין כו' והכי ה"ל להתוספות לחלק דגבי ארבא אין שניהם מוחזקים והכא כיון דשניהם עומדים בצד הכותל ה"ל כשנים אוחזין כו' עכקוש"י והניח בצ"ע . ול"ל דסברת התוס' הוא כיון דשכיח הוא דשניהם עושים את הכותל לפי דזהו טובת שניהם ע"כ ה"ל דררא דממונא דהוחזק לנו אף מקודם טענותיהם דהכותל הוא של שניהם וכן ראיתי בס' נחל יצחק בסי' ל"א ס"ק ד' שכ"כ ליישב קושי' הקצה"ח הנ"ל יעו"ש :

סעיף יא (ב) **נשבע** בנק"ח כו' זהו דעת הרמב"ם והטור הביא דהרמ"ה חולק ועי' בס' חמדת צבי בב"ב ה' ב' מ"ש והאריך בזה יעו"ש ועי' בהגהות חכמת שלמה מ"ש בזה :

סימן קסג

סעיף ג (א) **בהג"ה** ונתייאשו מן החוב כו' והוא מדברי מהרי"ק שורש ג' דס"ל דמהני יאוש בחוב ובט"ז ובהגהות הט"ז מהחכם צבי ובתשובת חכם צבי סי' קנ"ד השיגו על המהרי"ק והאריכו בזה . ועי' בקצה"ח ס"ק א' שהשיג על הח"צ והאריך להוכיח דיאוש מהני בחוב וכמהרי"ק ועי' בתומים בסימן ס"ה ס"ק י"ג שהוכיח מד' הרא"ש בסוף פ"ק דמציעא דמהני יאוש בחוב, וכ' דנעלם מהט"ז ומהח"צ ד' הרא"ש אלו וכ' דדוקא לגבות ממשעבדי פקע שעבודו אבל לענין לגבות מהלוה עצמו לא שייך יאוש ועי' בנתיבות ס"ק א' שכתב דלא מהני יאוש בחוב ועי' בדברי משפט ס"ק א' מ"ש בכונת רמ"א ומהרי"ק ועי' בבית אפרים חחו"מ סימן כ"ב שהשיג על הקצה"ח וס"ל כהח"צ דלא מהני יאוש בחוב והאריך בזה . ועי' עוד בתומים בסימן ס"ו ס"ק ע"ו ובקצה"ח שם ס"ק א' ובנתיבות שם ס"ק א' ובקצה"ח בסימן ס"ז ס"ק י' ובנתיבות שם ס"ק י"ח ובס' מקלוע בתורה שם ס"ק ט"ז ובתרומת הכרי בסי' רס"ב ובספר ישועות ישראל שם בע"מ ס"ק י' ובמעין גנים ובספרו עלי לבונה ביו"ד סימן קס"ח סעיף ו' ובמעיני החכמה בב"מ כ"א ב' במה"ב שם ד"ה אתמר כו' ובחידושי הרי"מ סימן ל"ח ס"ק ג' ובחידושיו לב"מ י"ג בסוגיא דמצא שט"ח ובהגהות חכמת שלמה ובספר פרת יוסף סימן כ"ה מ"ש והאריכו בזה יעו"ש :

סימן קסד

סעיף ד (א) **או** שמודה על קצתם . עי' בשעה"מ ס"ק א' מ"ש על דברי התוס' ב"מ קט"ז ב' ועל ד' הרמב"ן בחידושיו לב"ב ל"ד והאריך בזה ועי' לעיל בסי' קל"ח ס"ק א' מ"ש בזה יעו"ש :

(ב) **אינו** ידוע שנטלו כו' והטעם משום דהוי משאיל"מ והק' הנתיבות ס"ק ח' ובשעה"מ ס"ק ב' דהא ה"ל הילך ודחקו ליישב וכן הק' בגליון ש"ע מהגאון רע"א ובאמת לק"מ דזה לא מקרי הילך דאבנים של כ"א משתעבדים גם להשני דחלק הבית ואי משועבד לעליון דכופה לבנות התחתון ביתו כדי שיבנה הוא עלי' על גבה ואם אינה רוצה לבנות יכול העליון לבנותו וידור בו עד שיתן לו התחתון הוצאותיו וכמבואר בסעיף ה' וגם העלי' נמי משועבדת לתחתון דחייב לבנותה לעשות תקרה וגג לטובת התחתון כיון דעל העליון לבנות הגג וגם התקרה והמעזיבה וכמבואר לעיל בסעיף א' וא"כ אינן מסולקים זה מזה לחלוק לגמרי מש"ה לא חשיב הילך ולק"מ קושי' הנתיבות והשעה"מ הנ"ל וכן ראיתי בספר מנחת הבקר בב"מ קט"ז ב' ד"ה אם היה כו' שתי' כן קושי' הנ"ל והאריך בזה ועי' בספר מעיני החכמה בב"מ שם מ"ש בזה :

סימן קסז

סעיף א' (א) **והשאר** של תחתון כו' עי' ביערות דבש בסוף הספר בדרוש לסוף ב"מ מ"ש והאריך בזה יעו"ש :

הלכות חלוקת שותפות

סימן קעא

סעי' ו' (א) **מבור** לי חלקך בכך וכך . עי' בקצה"ח ס"ק א' שכ' דלפי משנה ראשונה דעובד את רבו יום אחד כו' לא הוי קנין הגוף אלא שעבוד הגוף כו' ונפ"מ דביום רבו נמי א"י לעבוד בו עבודת עבד כו' כיון דהאי ב"ח הוא אפילו ביום רבו כו' וכ' דבזה ניחא דברי הרשב"א בחידושיו רפ"ק דשבת גבי הא דאמרו וכי אומרים לו לאדם חטא כדי שיזכה חבירך כו' דשאני התם כיון דהאי ב"ח לית בהו משום בהם תעבודו משום צד חירות שבו כו' כיון דמשום צד חירות שבו לעולם אין לו רשות לעבוד בו עבודת עבד ובהם תעבודו היינו עבודת עבד דוקא עכ"ד . ולפ"ד הקצה"ח אלו אין חילוק בין אם היה העבד של אדון אחד או של ב' שותפין ועי' בספר ברית יעקב חאו"ח סימן ל"ט שכ' לחלק לד' הרשב"א בין אם היה העבד של אדון אחד ובין אם היה של ב' שותפים כו' ומיישב בזה הקושיא שהק' שם על הרשב"א מגיטין ל"ח ב' גבי' ההיא אמתא כו' והאריך בזה יעו"ש . ולפ"ד הקצה"ח הנ"ל אין חילוק בין של אדון אחד לבין של ב' שותפין וקושי' הברית יעקב על הרשב"א כבר קדמו בקושי' זו החמדת שלמה חאה"ע סימן ו' ובנחלת יעקב מהגאון מליסא בחידושיו לשבת ד' א' ובעטרת חכמים סימן ל"ט ובמנחת חינוך מצוה שמ"ז אות א' ועי"ש בנחלת יעקב ובעטרת חכמים ובספר ארץ צבי חחו"מ סימן י"ח מ"ש ליישב קושי' זו ואכ"מ להאריך בזה . ועי' בטורי אבן ברים חגיגה ב' ב' מ"ש בזה ועי' בספר תפארת יוסף חאו"ח סימן ח' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח מדברי הר"ן כו' עפ"ד התוס' תמורה ל' א' ד"ה ואידך בשם הרמ"ר כו' והאריך בזה יעו"ש :

סעי' י (ב) **ויש** חולקין בזו . וזו היא שיטת הרא"ש והש"ך בס"ק ט' כ' ול"נ דעת הרי"ף דקי"ל כל מקום ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו וכ' הריף בפ' ג"פ דהך כללא ליתא אלא

עד

עד דאיכא טעמא כו' ולכך כתב הרי"ף כאן דמסתבר טעמי' דרשב"ג ול"ל דוקא במשנתינו דבתוס' בפ' א"נ ס"ט א' ד"ה אלא מוכח דס"ה הברייתא עכ"ד. וכונתו דהתוס' ס' שם דהל' כרשב"ג בהא דאמר שמין עגל עם אמו וסייח עם אמו משום דכל מקום ששנה רשב"ג במשנתינו הל' כמותו אע"פ שהוא ברייתא. ועי' בשעהמ"ש ס"ק ז' שתמה על הס"ך דהא ד' רשב"ג שנוים ג"כ אח"כ במשנה דשמין פרה וחמור וכל דבר שהוא עושה ואוכל למחלה רשב"ג או' שמין עגל עם אמו וסייח עם אמו והם ד' רשב"ג שבברייתא דטעמי' משום דאיכא גללים כו' וכן מבואר בנ"י שם שכ' על משנה זו דאין הלכה כרשב"ג וכ"פ הרי"ף והרמב"ם כו' הרי להדיא דס"ל להנ"י דבברייתא אין הל' כרשב"ג אלא דאשמועינן רבותא טפי כו' אבל התוס' לא ס"ל הכי אלא כיון דד' רשב"ג שנוים ג"כ במתניתי' הל' כמותו אבל כל היכא דד' רשב"ג אינם שנוים אלא בברייתא לבד כ"ע מודו דאין הל' כמותו וכ"כ הרשב"ם ב"ב קל"ח א' וקע"ד א' ובהג"א שם בשם הא"ז להדיא דדוקא במשנתינו הל' כרשב"ג ולא בברייתא וכ"כ הרא"ש להדיא בנדה ר"פ המפלת כו' וז"ב דלא כהס"ך עכ"ד. הנה מה שתמה על הס"ך דהא ד' רשב"ג שנוים ג"כ במשנה כו' כן ראיתי בקרבן נתנאל בגיטין בפ' השולח סי' כ"א אות ע"א שתמה כן על הס"ך וכן תמה שם על החות יאיר סי' נ"ד ועי' בשאילת שלום על השאילתות בפ' נו סי' ע"ט אות פ"ו שתמה נמי כן על הס"ך הנ"ל וכ' דהאמת עד לעצמו דע"כ בתוס' ב"מ הנ"ל ס"ל דדוקא ארשב"ג השנוי במשנה איתמר הך כללא אבל לא בברייתא לפמ"ש בשם ר"ת בשבת י"ז ב' ד"ה אין נותנין כו' דמביא ר"ת ראיה מסוף פ"ק דע"ז כו' תמלא ברור דלדעת ר"ת ליתא להך כללא דרשב"ג בברייתא כו' והביא נמי ד' הרשב"ם דב"ב הנ"ל דס"ל דוקא במשנה ולא בברייתא והביא ד' המהרש"א בכתובות ס"ז א' תוס' ד"ה אלא דס"ל נמי כן יעוש"ה. ועי' בקרבן נתנאל שם שהביא נמי ד' הרשב"ם הנ"ל וכ"כ המרדכי בגיטין סימן ת"א דאין הל' כרשב"ג בברייתא וכ"כ בתהה"א בית שביעי שער א' קס"ה ב' דאין הל' כרשב"ג בברייתא וכן ראיתי במלא הרועים ח"ב בקונטרס שונה הלכות שהביא דברי המרדכי והתהה"א אלו והאריך בזה:

ועי' ביד מלאכי בכללי ה"כ אות ש"ז שהשיג נמי על הס"ך הנ"ל דכוונת התוס' על רשב"ג דמתניתין כו' וכמ"ש השעהמ"ש והקרבן נתנאל והשאילת שלום הנ"ל והביא שם ד' הרשב"ם והרא"ש דפ' המפלת והמרדכי דגיטין הנ"ל והביא עוד כמה פוסקים דס"ל כן והאריך בזה אך לא הביא ד' התהה"א וכ"כ הסמ"ע לקמן סימן רמ"ה ס"ק כ' דאין הלכה כרשב"ג בברייתא ובש"ך שם בס"ק ז' בהג"ה השיג על הסמ"ע וכ' דהל' כרשב"ג אף בברייתא וכמ"ש כאן ועי"ש עוד בשאילת שלום שכ' דדעת השאילתות הוא דהל' כרשב"ג אף בברייתא וכ' די"ל דכן הוא דעת הרי"ף והביא ד' הכ"מ בפ"ט מהל' טומאת מת הל' ה' דס"ל כן בדעת הרמב"ם ומ"ש עליו ועי' ביד מלאכי שם מ"ש בדעת הרמב"ם והשיג על הכ"מ הנ"ל ועי' בתשובות בית אפרים חאה"ע סימן ע"ה שהביא ד' השאילת שלום הנ"ל וכ' ליישב קושי' זו ועי"ש עוד במלא הרועים שהביא ד' הרא"ש בפ' הפרה סי' ה' שכ' דהרי"ף ל"ל הך כללא ואף במשנה אין הל' כרשב"ג וכ' שכן הוא ג"כ דעת הרמב"ם שם בפ"ד מהל' חובל ועי' ביש"ש שם בסימן י"ד מ"ש בדעת הרמב"ם וכן משמע דעת סדר התנאים והאמוראים מר' יוסף טוב עלם ודעת ספר הכריתות דאין הל' כרשב"ג אף במשנה דלא הביאו הך כללא דכל מקום ששנה רשב"ג במשנתינו הל' כמותו משמע דל"ל הך כללא ועי' בכנה"ג בכללי התלמוד אות כ' מ"ש בזה ובאמת מבואר להדיא בירושלמי בב"ב פ' ג"פ הל' ח' דאין הל' כרשב"ג בברייתא דאיתא התם וז"ל. תמן אמרין בכל מקום הל' כרשב"ג חוץ מערב ולידון וראיה אחרונה אמרין ובלבד במשנתינו עכ"ל הרי להדיא דס"ל להירושלמי דדוקא במשנה הל' כרשב"ג ולא בברייתא והיינו כהרשב"ם והרא"ש דנדה והמרדכי דגיטין והתהה"א והסמ"ע והמהרש"א הנ"ל ועי' עוד בירושלמי ברכות בפ' מי שמתו ושוב ראיתי בהעמק שאלה שם אות ח' ובספר עין יצחק אה"ע סימן ע"ח ובס' פרת יוסף בסוף הספר שהביאו דברי הירושלמי אלו והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' בהגהות מלא הרועים בכתובות ס"ז א' ד"ה רשב"ג כו' מה שהק' על הס"ך הנ"ל ולפ"ד הירושלמי הנ"ל ניחא וכמ"ש המהרש"א הנ"ל ועי' בס"ך לקמן בסימן שפ"ו ס"ק י"ב מ"ש בזה וראיתי בהגהות ר' צבי חיות בגיטין י"ט ב' שהקשה בהא דקאמר רבא הל' כרשב"ג ול"ל לרבא למפסק הא קי"ל כל מקום ששנה רשב"ג במשנתינו הל' כמותו ולשיטת הס"ך הנ"ל אף בברייתא הל' כמותו וכן קשה על רב גמדא משמי' דרבא דקאמר אין הל' כרשב"ג עכקוש"י והניח בקושי'. ולא ידענא מאי קשי' לי' דהא מבואר בב"מ ל"ח ב' דרבא משמי' דר"נ ל"ל האי כללא וכ"כ בהגהות אשר"י בסנהדרין ל"א דר"נ ל"ל האי כללא וכונתו מהא דב"מ הנ"ל וכ"כ הרשב"ם ב"ב קל"ג ב' ד"ה ת"ש דרבא ל"ל הך כללא והביא ראי' מע"ז ס"ט יעוש"ה ולק"מ קושי' הר"צ חיות הנ"ל ולא ראה הר"צ דברי הרשב"ם והגהות אשר"י אלו ועי' בהגהות מלפה איתן בכתובות ע"ז א' מ"ש בזה ואכע"מ להאריך בזה:

סימן קעה

סעיף ג (א) **בטלה** החלוקה. עי' בפ"ת ס"ק א' שהביא בשם החות יאיר סימן ס"א בענין הגורל שאם לא הניח אחד בגורל דבטל כל הגורל והביא ראיה מדין זה וכן מוכח מהא דיומא ברפ"ב גבי פיים דהרמת הדשן דכשבאו שנים בב"א בד' אמות מטילין הגורל על כולם יעוש"ה. וכן ראיתי בספר פרת יוסף בסוף הספר שהביא ראיה זו ועי' במג"א באו"ח סימן קל"ב ס"ק ב' מ"ש בזה:

סעיף ט (ב) **והוא** יודע כו'. עי' בסמ"ע ס"ק ט"ו שכתב דבריסא כו' דאפילו אין המגרן טוען ברי צריך לשבע כו' ובש"ך בס"ק א' הביא משם הב"י והמ"מ דדוקא בטענת ברי ועי' בדברי חיים בדיני מצרנות סימן ג' שכ' דמד' המ"מ נ' כהסמ"ע והאריך בזה יעוש"ה:



הלכות שותפין

סימן קעו

סעיף ב (א) **ששברו** מקום בשותפות. בקצה"ח בס"ק א' הק' דהא אמרינן בפ' הספינה דחצר השותפין קונין זה מזה אינו אלא במודד והניח לתוך קופתו וא"כ במקום השותפין היכי קונין זה מזה עכקוש"י. וכבר הקדימו בקושי' זו במח"א הל' קנין חצר סימן ו' ועי"ש מה שתי' ובנתיבות בס"ק ב' השיג עליו ובקצה"ח תי' די"ל דהא דחצר השותפין אין קונין זה מזה היינו דוקא לקנותן כולו אבל הכא דקונין זה מזה להיות הדבר בשותפות מהני גם חצר השותפין

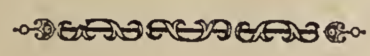
השותפין עכ"ד. ובנתיבות השיג עליו דמה הפרש יש בין לקנות פלגא לבין לקנות כולה וכו' ליישב קושי' הנ"ל עפ"ד הר"ן בנדרים בר"פ השותפין והאריך בזה ובאמת מד' התוס' בקידושין ח' ב' ד"ה אם היה משמע כהנתיבות שכ' שם וז"ל פי' בקונטרס דחצירה קונה לה ולא נהירא דא"כ מאי בעי סלע של שניהם מהו פשיטא דאינו קונה כיון דהוי חצר של שניהם כדאמרינן בפ' הספינה כו' אבל במודד על הקרקע לא עכ"ל. וכן הקשה הר"ן שם ולד' הקצה"ח הנ"ל מאי קושיא הא שפיר י"ל דמקודשת ע"י מה דקנתה המחצה מהמנה ואי לא אמר במנה זו רק במנה סתם ה"ז מקודשת ויפלים וכמבואר בקידושין שם ח' א' ובאה"ע סימן כ"ט סעיף ז' ומדהק' התוס' והר"ן בפשיטות כן מוכח דס"ל כהנתיבות הנ"ל דאף לקנות לה מחצה ג"כ אינו קונה ע"י חצר השותפין ודלא כהקצה"ח הנ"ל. וכן ראיתי בס' נחל יצחק בסימן ל"א ס"ק ד' שהביא ראיה זו ואח"כ דחה זה והאריך בזה ליישב ד' הקצה"ח הנ"ל ועי' בספר פרת יוסף בסי' כ"ד מ"ש על ד' המה"א והנתיבות הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ז (ב) **חולקין** לפי מעות. עי' ש"ך ס"ק ט"ו שהק' אמאי כ' המחבר י"א הא תוספתא היא כו' ועי' בדברי משפט ס"ק א' מ"ש ליישב ד' המחבר וכונת התוספתא הוא כמ"ש הרמ"א בסימן רל"ב סעיף ו' בשם התה"ד סימן שי"ד והאריך בזה וזהו נמי כונת הנתיבות בס"ק י"ב כהדברי משפט הנ"ל:

סעיף יב (ג) **בהג"ה** וכן אם גנב או גזל. עי' בקצה"ח בס"ק ו' מ"ש לענין אם האב זוכה במתנת הבת כו' ועי' בהבני מלואים באה"ע סימן ל"ז ס"ק א' ובהמקנה בקו"א שם מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן קפא

סעיף א (א) **וכיון** שיצאו כו'. עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א הק' הא יאוש כדי לא קנה ושינוי רשות לא הוי כיון דגזלן לא נתן לו מדעת רק שזה הציל ולקח מהגזלן שלא מרצונו כדאיתא בסימן שס"א סעיף ה' עכקוש"י והניח בצ"ע. ול"ל דגיים שאני דהוי כמציל מן הנהר שהוא אבוד מכל אדם וכהפקר גמור הוא וכ"כ הנתיבות בס"ק א' ליישב כן קושי' זו ועי' בט"ז לקמן בסימן שס"א שכ' דהמציל דהתם איירי בדרך פיוס מהגזלן והוי שינוי רשות כו' ולפ"ד י"ל דהכא נמי איירי בכה"ג ולק"מ קושי' הגאון רע"א הנ"ל ועי' במחנה אפרים בהלכות גזילה סימן כ"ה מ"ש בזה:



הלכות שלוחין

סימן קפב

סעיף א (א) **בהג"ה** שלוחו של אדם כמותו. עי' בסמ"ע ס"ק א' שכ' דילפינן מגירושין ומקרבן פסח כו' ומאתם גם אתם דכתיב גבי תרומה ילפינן דשליחות דנלמד מגיטין וקרבן בעינן שיהי' השליח דומיא להמשלח כו' וכ"כ הסמ"ע לקמן בסימן קפ"ח ס"ק א' וכן הוא באמת מסקנת הגמרא בקידושין מ"ב ב' כהסמ"ע. אך התוס' בגיטין כ"ג ב' ד"ה מה אתם כ' וז"ל כיון דדרשינן שליחות מתרומה ומינה ילפינן בעלמא מסתמא דלא מרבינן בעלמא אלא דומיא דאתם עכ"ל הרי דס"ל להתוס' דילפינן שליחות מתרומה דלא כהסמ"ע והוא נגד מסקנת הגמרא הנ"ל וכן משמע מד' הגמ' בב"מ ע"א ב' דקאמר הגמ' שליחות דכל התורה כולה נמי מתרומה גמרינן לה והיינו דלא כהגמ' דקידושין הנ"ל. ועי' ברשב"א בחידושיו בקידושין שם שהק' קושי' זו מד' הגמ' דב"מ וכ' דכונת הגמרא הנ"ל הוא דשליחות דכל התורה דבעינן שיהא שלוחכם דומיא דאתם ילפינן מאתם גם אתם דתרומה אבל גוף השליחות ילפינן מגירושין ופסח וכהמסקנת הגמ' בקידושין עכ"ד יעוש"ה והיינו כהסמ"ע הנ"ל. אבל ד' התוס' הנ"ל ליכא ליישב הכי דהא כ' דילפינן שליחות מתרומה כו' וצ"ל כמ"ש הפ"י שם או כמ"ש בהמקנה בקידושין שם מ"א א' בתוס' ד"ה ושלח ליישב קושי' הרשב"א הנ"ל ועי' עוד בפ"י בקידושין שם ובספר מנחת הבכר בב"מ שם ובס' זית רענן ח"ב בסוף הס' בקונטרס עלי זית סימן ס"ג מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' בתוספות רי"ד בקידושין שם מ"ש הטעם דל"א בכל דבר מצוה שלוחו של אדם כמותו כו' ועי' בקצה"ח בס"ק א' ובסימן שפ"ב ס"ק ב' שכ' ליישב קושי' הד"מ כו' עפ"ד התוס' רי"ד והשיג מכח זה על התב"ש ביו"ד סימן כ"ח והאריך בזה. ועי' בתשובות בית אפרים חחו"מ סימן ס"ז שהשיג על הקצה"ח וכ' כונה אחרת בדברי התוס' רי"ד והאריך בזה ועי' בכתב סופר חאו"ח סימן כ"ד ובספר ברית יעקב חאו"ח סימן ו' מ"ש בזה יעוש"ה:

(ב) **חוץ** מלדבר עבירה. עי' בנו"ב מהדו"ק חאה"ע סימן ע"ו בתשובת הגאון מהמבורג שהק' על התוספות ב"מ י' ב' ד"ה דאמר דס"ל בחד תי' דהיכא דאין שליח לד"ע המעשה בטל מהא דאמרינן בגיטין י"א ב' האו' תן שטר שחרור זה לעבדי לא יחזיר הא קי"ל כר"י דהמשחרר עבדו עובר בעשה וא"כ היכי משחרר והא קיי"ל דאין שליח לד"ע עכקוש"י. ועי' בישועות יעקב באה"ע סימן ל"ה ס"ק א' שהביא נמי ראי' מזה דאין המעשה בטל והנו"ב בסימן ע"ז שם תי' וכי שליח של המשחרר הוא זה והרי אינו אלא שליח של העבד להיות זוכה שלא בפניו וזכי' מטעם שליחות כו' עכ"ד. ובקצה"ח ס"ק ב' השיג על הנו"ב מד' התוס' ב"מ ע"א ב' ד"ה בשלמא כו' שכ' וז"ל דאפילו שיוכל לזכות לחבירו במציאה הכא אין קבלתו מן העובד כוכבים זוכה לישראל חבירו דנהי דאם הפקירו העובד כוכבים מעותיו היה יכול לזכות לחבירו השתא מיהת שהעובד כוכבים אינו מפקירן אלא בא לזכות מעותיו ללוה ע"י זה אין לו כח לזכות שא"כ היה הישראל המקבל שלוחו של עובד כוכבים לזכות במעותיו לישראל ואין שליחות לעובד כוכבים כו' ומבואר דכל היכא דהנותן אינו מפקיר הדבר שנותן ה"ל שלוחו של הנותן לזכות חבירו וכל היכא דליכא תורת שליחות וכגון לעובד כוכבים לא מהני זכייתו לחבירו וא"כ ה"ה בכה"ג כיון דמשחרר עבדו עובר בעשה וה"ל שלוחו של הרב לזכות לעבדו ואין שליח לד"ע עכ"ד. וכ"כ הקצה"ח בסי' קס"ג ס"ק א' כן בכונת ד' התוס' אלו והשיג מד' התוספות אלו על הה"ל שם ועל הנו"ב מהדו"ק חחו"מ סימן ל' והאריך בזה וכן ראיתי בתשובות רע"א בסימן קל"ד שהק' נמי קושי' הנ"ל על המשנה דגיטין דהא אין שליח לד"ע וכ' דלר"מ ודאי קשה אלא אפילו לרבנן נמי קשה דל"ל דהוי שלוחו של העבד והעבד לא עבר כלום מד' התוס' דב"מ הנ"ל כו' והיינו כהקצה"ח ולא הביא ד' הנו"ב והקצה"ח הנ"ל. אך הגאון רע"א שם כ' דמד' התוס' בגיטין י"ג ב' ד"ה במעמד ג' כ' דחולקים על זה דהא כתבו דבעובד כוכבים כיון דזכי' ליכא גם ע"י מע"ג לא קנה ואעפ"כ ס"ל שם בפשיטות דעובד כוכבים הנותן שאמר מנה לי בידך תנהו לפ' ישראל במע"ג דקנה ישראל משמע דבזה גם דרך זכי' קונה עכ"ד יעוש"ה. ובאמת אין כאן שום סתירה בד' התוס' וכמ"ש הקצה"ח בסימן קס"ג שם דאדרבה מד' התוספות דגיטין שם מבואר כד' התוס' דב"מ הנ"ל מדכ' דאם הנותן עובד כוכבים

ג' דקנה דאם מגונה של ישראל הפקיעו ע"י מע"ג דהוי הלכתא בלא טעמא כו' ועוד דבדיניהן דיינינן לי' כו' ואי נימא דכל שזוכה ישראל לישראל מהני אפי' במעותיו של עובד כוכבים א"כ ל"ל הך טעמא דהפקיעו תיפוק לי' דמע"ג הוא מתורת זכי' כו' והרי הוא בכלל זכי' ישראל לישראל אע"כ כיון שהוא מעותיו של עובד כוכבים לא מהני זכי' ישראל לישראל ומש"ה צריכים לטעמא דהפקיעו ומשום דכך דיניהם עכ"ד ועוד הביא ד' המרדכי שם דמבואר כן יעוש"ה. ועי' בספר זית רענן ח"ב חהו"מ סימן ס"ג ובספרו תפארת ירושלים על משניות בגיטין אות ח' מ"ש ליישב ד' התוס' הנ"ל שלא יסתרו אהדדי והאריך בזה ועי' בס"ד לעיל בסימן קכ"ו ס"ק ל"ט שהעתק' על המחבר שם בדין מע"ג אם הנותן עובד כוכבים כו' מד' התוס' דב"מ הנ"ל ולפ"ד הקצה"ח והזית רענן הנ"ל ניחא וא"כ לפ"ד הקצה"ח והגאון רע"א ליתא לד' הנו"ב הנ"ל מד' התוס' דב"מ ולפ"ד הקצה"ח דסי' קס"ג והזית רענן אף התוס' דגיטין נמי ס"ל כן:

אך באמת י"ל דכונת התוס' דב"מ הנ"ל הוא לפ"מ שמבואר בירושלמי בגיטין בפ' התקבל וז"ל ר' זעירא בעי קמא ר' מונא אף לענין מתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו א"ל תמן בגט התורה זיכתה אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבלה דבר שהיא שלה אית לך מימר במתנה אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו עכ"ל. וכן מבואר בירושלמי בפ"ד דמעשר שני וכי אדם עושה שליח לקבל מתנה והיינו בלא דעת הנותן וכונת הירושלמי משום דבעינן שלוחו של בעל הממון והלכך אף אם עשאו מקבל מתנה שליח לקבל המתנה מנותן מ"מ כ"ז דלא זיכה הנותן המתנה למקבל ע"י שליח לא זכה עד דעשה הנותן שליח לזכות משום דבעינן שלוחו של בעל הממון. ועי' במחנה אפרים הל' שלוחין סימן י"ב שהביא ד' הירושלמי אלו וכ' דכונת הירושלמי משום דבעינן שלוחו של בעל הממון יעוש"ה וזהו נמי כונת התוס' דב"מ הנ"ל משום דבעינן שלוחו של בעל הממון ועי' עוד במח"א שם סימן ד' שהביא ד' הירושלמי וכ' כנ"ל אך כ' שם דמד' הטור בסימן קכ"ו סעיף כ"ו דכ' משם קצת דיכול המקבל לעשות שליח וכ"כ הנתיבות בסימן ק"ה ס"ק ב' ובדברי משפט בסימן קכ"ו ס"ק ה' ובמנחת הבכר בב"מ שם ובדברי אמת בענין קניינים סימן א' דכונת התוס' הנ"ל הוא משום דבעינן שלוחו של בעל הממון. וכן הוא דעת הנ"י בב"מ י"א א' במתנה דראה אותן רצין כו' דבעינן שלוחו של בעל הממון שכ' שם וז"ל והצר המשתמרת דלא בעינן שיהא עומד בצד שדהו צריכה טעמא דהא לאו משום יד הוא דמהני כמו בגט דהתם בעי מצד הגירה כדלקמן וגם לא מטעם שליחות כדפי' הרנב"ר ז"ל שא"א לזכות לחבירו מתורת שליחות דא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון ובמציאה ליכא בעל הממון שיהיה זה שלוחו ול"ש למימר בחצר כדאמרינן גבי מציאה לחבירו מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחבירו עכ"ל. וכ"כ בחידושי הר"ן שם הרי דס"ל להר"ן והנ"י דבעינן שלוחו של בעל הממון וד' התוס' בב"מ שם שכ' דאם הי' עובד כוכבים מפקיר מעותיו הי' יכול לזכות לחבירו אינו חולק על ד' הר"ן והנ"י וכמ"ש הנתיבות בסימן ק"ה שם לחלק בין יאוש להפקר וכ"כ הרשב"א דבעינן שלוחו של בעל הממון והובא בשמקו"ב בב"מ שם וא"כ דכונת התוס' דב"מ הנ"ל הוא משום דבעינן שלוחו של בעל הממון י"ל דגבי עבד לא בעינן שלוחו של בעל הממון דהיינו האדון שיזכה עבור העבד וכמו בגט אשה יכולה אשה לעשות שליח לקבלה ולא צריך כלל דיהי' שלוחו של בעל רק שליח דהאשה לקבל הגט דהתורה זיכתה בגט לקבל דבר שהוא שלה וכמו שמבואר בירושל' הנ"ל א"כ אפשר בעבד נמי לא בעינן שלוחו של האדון דגמרינן לה לה מאשה וא"כ שפיר ד' הנו"ב הנ"ל שכ' דאינו שליח של המשחרר אלא שליח של העבד להיות זוכה בשבילו:

ושוב ראיתי בדברי משפט בס"ק א' שכ' מתחלה כהקצה"ח הנ"ל לדחות ד' הנו"ב עפ"ד התוס' דב"מ ואח"כ דחה וכ' דכונת התוס' דב"מ הנ"ל הוא משום דבעינן שלוחו של בעל הממון כו' וא"כ גבי עבד י"ל דלא בעינן שלוחו של אדון כו' דגמרינן לה לה מאשה עכ"ד והיינו כמ"ש. והביא הדברי משפט שם אח"כ משם בנו ראי' לזה מד' הר"ן בגיטין י"א שכ' ליישב קושי' התוס' שם כו' דממתני' שמעינן דכל אדם מדעתו יכול להעשות שליח לחבירו שיעמוד במקומו ומש"ה כשהאדון אומר תן שחרור לעבדי הרי שליח יכול לומר הריני עושה עצמי שליח קבלה שלו כו' ואם נימא דגם בעבד בעינן שיהיה שלוחו של האדון כו' קשה מה תי' הר"ן כו' הא הוא עצמו כ' בפ"ק דב"מ כו' דבעינן שלוחו של בעל הממון כו' א"ו דגבי עבד לא בעינן שלוחו דאדון שיזכה עבור העבד וכמו בגט עכ"ד. וכבר הקדימנו בקושי' זו ד' הר"ן אהדדי במח"א שם בסימן ד' וכ' ליישב דהר"ן בפ"ק דמציעא הנ"ל דוקא גבי מציאה הוא דאמר כן דבעינן שלוחו של בעל הממון משום דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים והא דמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו ה"ט משום דאיכא מגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי לחברי' הא לאו הכי לא עד שיעשה אותו בעל הממון שליח כו' עכ"ד יעוש"ה. ולפ"ד המח"א אלו נמי מוכח מד' הר"ן דגיטין הנ"ל דגבי עבד לא בעינן שלוחו של האדון ועי' עוד בדברי משפט שהביא ראי' מד' התוס' בקידושין כ"ג ב' גבי הא דמספקא להגמ' לרשב"א אי עבד יכול לעשות שליח לקבל גיטו מיד רבו כו' ומד' התוס' רי"ד והריטב"א שם דמוכח דגבי עבד לא בעינן שלוחו של האדון ועי' בדברי משפט בסוף הס' בחידושים של בן המחבר שם בסימן קכ"ו סעיף כ"ב ובדברי חיים בדיני שלוחין סימן א' שכ' נמי כן דגבי עבד לא בעינן שלוחו של האדון והאריך בזה. וכן ראיתי בתשובות בית אפרים חהו"מ סי' ח' שכ' לדחות ד' הקצה"ח הנ"ל וכ' עליו דלא ראה ד' הירושלמי הנ"ל דדוקא גבי ממון בעינן שלוחו של בעל הממון אבל בגט וה"ה בשחרור התורה זיכתה לעבד לקבל שחרורו כו' דיליף לה לה מאשה ועי' בתפארת ירושלים בב"מ אות ט' שכ' נמי כן דגבי עבד לא בעינן שלוחו של בעל הממון דדמי לגט אשה כו' ומיישב בזה ד' הר"ן דפ"ק דגיטין הנ"ל יעוש"ה. וא"כ שפיר ד' הנו"ב הנ"ל שכ' דאינו אלא שליח של העבד להיות זוכה בשבילו. ובעיקר דין זה אי בעינן שלוחו של בעל הממון עי' בשימקו"ב בב"מ שם שהביא דהריטב"א ס"ל דלא בעינן שלוחו של בעל הממון:

ועי' בדברי אמת שם שהביא ד' הירושלמי בפ' האיש מקדש גבי האומר אדם לפועל כו' דמוכח דלא בעינן שלוחו של בעל הממון והאריך בזה ועי' עוד במח"א בהל' זכי' ומתנה סי' ל"ג ובנתיבות בסימן ק"ה שם ובסימן קפ"ח ס"ק א' ובסימן קנ"ה ס"ק א' ובפתיחה לסי' ר' ובסימן רמ"ג ס"ק י' ובדברי משפט בסוף הספר שם ובבית אפרים שם ובאה"ע סימן קי"ד ובדברי חיים שם ובסימן ז' שם ובדיני ג"מ וג"ח סימן ז' ובדיני העושה שליח סי' א' ב' ז' ובדיני מכירה סי' י' ובדיני גניבה וגזילה סי' י"ג ובסוף הספר שם בחידושים מהר"א השייך לסי' ל"ז ובעלי לבונה ביו"ד סי' קס"ע סעיף ו' ובמנחת חינוך מלוה של"ב ובספר אמרי בינה ח"א בדיני פדיון הבן סימן ה' ו' ובס' שאילות שמואל בכלילות שמואל כללי ז' אות ו' ובספר באר יצחק חאו"ח סי' א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ואכע"מ להאריך בזה. ובקצה"ח ובתשובות רע"א שם כ' ליישב קושי' הנ"ל עפ"ד הרשב"א שכ' דהמשחרר עבדו אינו עובר בעשה אלא כשמשחררו בחנם כו' ודחה בזה הקצה"ח קושי' הגאון מהמבורג שם מהא דחמש נשים המתקדשות בכלכלה פירות שביעית כו'. וראיתי בבית מאיר באה"ע סימן ל"ה סעיף א' שכתב ליישב קושי' הנ"ל עפ"ד הר"ן בפ' השולח דרק איסור דרבנן הוא דקרא אסמכתא בעלמא הוא והביא ראיה מזה דבאיסור דרבנן יש שליח לד"ע יעוש"ה. ובאמת במהרי"ט ח"א סימן ק"א נסתפק בדין זה והביאו המשל"מ בפ"ב מהל' רוצח הלכה ב' ובפ"ה מהלכות מלוה ולוה הלכה י"ד וסיים המשל"מ שם דהדבר צריך תלמוד והנו"ב שם בסימן ע"ה ס"ל דאף בעבירה דרבנן אין שליח לד"ע. רק

הגאון

הגאון מבואר בסימן ע"ח שם ס"ל דבעבירה דרבנן יש שליח לד"ע והנו"ב בסימן פ' שם השיג עליו ועי' בספר מנחת עני חאה"ע סימן ס"ה מ"ש בזה יעוש"ה • והנה דתן שאמור זה לעבדי הנ"ל אין ראיה די"ל כהנו"ב או כהקצה"ח והגאון רע"א הנ"ל. ועי' בהמקנה בקידושין מ"ב ב' ד"ה דברי הרב ובספר משנת חכמים בהלכות ע"ז סימן ע"ז ביבין שמועה אות ג' ובתשובות רע"א בסוף הספר בהוספות חדשות שם ובספר תפארת ישראל על משניות בפ"ק דגיטין משנה ו' ובהגהות ר' צבי חיות בגיטין י"א ב' ובספר עין יצחק חיו"ד סימן כ"ו מ"ש ליישב קושי' הנ"ל יעוש"ה. עוד כתב הקצה"ח להשיג על הנו"ב שכתב דגט הניתן ע"י שליח בע"כ דאינו גט כלל כו' וכתב לחלק דדוקא היכא דעשאו שליח לגרש בע"כ אבל בסתם לא מבטל השליחות וכ"כ בגט מקושר בסדר ג"ר אות ר"ח לחלק כן :

ועי' בהמקנה בקידושין כ"ב א' ד"ה ש"מ שכ' נמי לחלק כן וכתב עפ"ז ליישב קושי' הגאון מהמבורג הנ"ל מהא דהמקדש חמש נשים כו' והאריך בזה וכן כ' בישועות יעקב לחלק כן ודחה בזה דאין ראיה מהשוחט את הפסח על החמץ דהמעשה קיים ולא דחה בזה הראיה מהא דחמש נשים כו' ועי' בהגהות חכמת שלמה שהשיג על הקצה"ח וכ' להיפוך ועי' בתשובת מהריא"ז ענגיל סימן ע"ג שהשיג נמי על הקצה"ח כהמקנה וכ' דאין חילוק ואף אם א"ל לגרש בע"כ ה"ז מגורשת כו' והאריך בזה. וכ"כ במנחת אהרן על סנהדרין בסוף הס' בקונטרס מנחה בלולה בסימן ד' לחלק כן והביא ד' הזכרון יוסף שכ' נמי כן והאריך הרבה בזה. ועי' בתשובות בית אפרים חאה"ע סי' קי"ד שהשיג על הקצה"ח וכ' דאף בעושה שליח סתם בטל השליחות והעיקר כהקצה"ח והמקנה והגט מקושר הנ"ל. ועי' באמרי בינה שם ובס' עונג יו"ט חאה"ע סימן קל"ו ובספר ליוני ח"א סימן ז' ח' מ"ש בזה. ובעיקר דין זה לענין שליח לד"ע אי המעשה בטל או לאו עי' במהרי"ט ח"א סי' קט"ז ובמח"א הל' שלוחין סימן ט' ובנו"ב שם מסימן ע"ה עד סימן פ"ג ובנו"ב מהדו"ת חאה"ע סי' קי"א קי"ב ובהמקנה שם ובהפלאה בכתובות ל"ג ב' ד"ה וכי כו' ובספרו גבעת פנחס הנדפס מחדש סימן כ"ט ל' ובתפארת צבי חאה"ע בדיני חרם רגמ"ה סימן מ"ז מ"ח ובגט מקושר שם ובמשנת חכמים שם ובישועות יעקב שם ובמעין גנים בסימן ק"ה ובמנחה בלולה שם ובבית אפרים שם ובספר טור האבן סי' ל"ה ובטעם המלך בפ"ה מהלכות גירושין הל' א' ובספר מנחת עני שם ובספר מנחת הבקר בב"מ י' ב' ד"ה מאי כו' ובספר ארץ צבי חאה"ע סימן י"ג ובחחו"מ סימן כ"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ועי' עוד בקצה"ח מ"ש על ד' הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סימן ב' שכ' דאינו יכול לגרש ע"י שליח בע"כ אף מדינא דגמ' משום דהוי כמו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא מהני כו' ועי' בנו"ב מהדו"ת חאה"ע סימן ק"י ובשיבת ציון סימן פ"ג פ"ד פ"ח פ"ט ובמשנת חכמים שם ובבית אפרים שם ובחת"ס סופר בחאה"ע ח"א סימן ק"ג ובברית אברהם חאה"ע סימן קי"ב קי"ט ובספר מנחת עני שם ובספר תפארת יוסף חיו"ד סימן כ"א ובחאה"ע סימן כ"ד ובספר שם ארי' חאה"ע סימן כ"ב ובספר עין יצחק חאה"ע סימן ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(ג) **ודוקא** שהשליח בר חיובא. עי' בש"ך ס"ק א' שתמה על הכ"י שכתב דבקטן שאין לו יד כלל דמחייב שלוחו והא אין שליחות לקטן כו' ובנתיבות בס"ק א' כ' ליישב דבשליח לד"ע טעם אחר הוא כו' כיון דבהנך שנתרבה לומר יש שליח לד"ע לאו מהתם גם התם ילפינן אלא מקראי אחריני דכתיבא בהו ומגילה ל"ל בהו שיהי' השליח דומיא דהמשלח דדוקא בהנך דילפינן שליחות דידהו מתרומה בעינן שיהי' השליח דומיא דהמשלח כו' משא"כ במעילה ואינך ולפ"ז י"ל דגם בהא דנפקי להו מהלר שלד"ע כו' דאפי' אם עשאו ע"י חש"ו כו' דחייב המשלח דהא הריטב"א כתב דהא דאין שלד"ע לאו מטעם

דדברי הרב הוא ועכצ"ל הטעם דאין שלד"ע משום דליכא למילף מתרומה רק לענין שיהא המעשה קיים משא"כ בשלד"ע דחייב המשלח בעונש כאלו עבר אלאו שיש בו מעשה זה לא מצינו למילף מתרומה כו' אלמא דעיקר מה דלא מצינו למילף שלד"ע מקרא דתרומה הוא רק לענין דלא לחייב שלוחו בעונש אבל לענין שיהא המעשה קיים ילפינן אפילו לד"ע וכיון דקיום המעשה וחיוב המשלח שני ענינים נפרדים הם וחיוב המשלח לד"ע כו' ומקרא דהאר נפקא כו' ואפילו ע"י קטן כו' חייב המשלח כו' והא דאין שליחות לקטן היינו לענין שאין המעשה של השליח קטן קיים כו' אבל בדבר שהמעשה א"א להתבטל כו' חייב המשלח עכ"ד. ולא ידענא מאי קאמר מ"ש דהנך דוקא דילפינן שליחות דידהו מתרומה בעינן שיהי' השליח דומיא דהמשלח הא שליחות לא ילפינן מתרומה רק מגירושין וקדשים וכמ"ש הסמ"ע בס"ק א' והוא מד' הגמ' בקידושין מ"א ב' ועי' בס"ק א' מ"ש בזה גם מ"ש דבהנך דנתרבה בהו שליחות לד"ע לאו מהתם גם התם ילפינן אלא מקראי אחרינא כו' לא צריכין בהו שיהא השליח דומיא דהמשלח הא במעילה ילפינן בגז"ש דחטא חטא מתרומה וכן השיג עליו בהגהות אמרי ברוך ועי' בדברי חיים שם בסימן ב' מה שהשיג בטוב על הנתיבות והאריך בזה. ובקושי' הש"ך הנ"ל י"ל דכונת הכ"י כמ"ש בדברי משפט בס"ק ב' עפ"ד הריטב"א בקידושין שם דחייב המשלח מטעם גרמי דהוי ברי הזיקא היכא דאמר לקטן לגנוב מפלוני כו' והאריך בזה או כמ"ש בתי' הב' שם עפ"ד הנתיבות לקמן בסימן קפ"ח ס"ק א' שכתב דפועל עובד כוכבים אף שאין שליחות לעובד כוכבים מ"מ אם אומר לפועל עובד כוכבים לעשות משיכה או הגבהה דמועיל דהוי הגבהה מכחו כו' משא"כ באו' לשליח עובד כוכבים שאינו פועל לא הוי הגבהה מכחו כו' והאריך בזה ועי' בגט מקושר בסדר גט שליחי אות כ"ז ובספרו מעייני החכמה בב"מ במה"ב י' ב' בתוס' ד"ה דאמר כו' מ"ש ליישב ד' הכ"י. ועי' בספר ליוני ח"א סימן ו' מ"ש על הכ"י הנ"ל והאריך בזה ועי' במנחת חינוך בסוף הספר בחידושים מבן המחבר מצוה כ"ד מ"ש ליישב ד' הכ"י והאריך בזה יעוש"ה:

והנה השעה"מ בס"ק א' כתב דאף אם שכר להשליח לעשות עבירה מ"מ אמרינן אין שליח לד"ע כו' והביא ראיה מלעיל סימן ל"ב גבי השוכר עדי שקר כו' ועוד ראיה מב"ק כ"א א' גבי בור של שני שותפים דקא' הגמ' היכי משכחת לה כו' אי דשוי שליח תרווייהו ואמרי לי' זיל כרי לן ואזיל כרה להו אין שליח לד"ע כו' ואי אמרת דבשוכר שליח ל"א אין שליח לד"ע מאי קושי' הא משכחת שפיר בור של שני שותפין דאמרי תרווייהו כרה לן האי בור בשכירות ואזיל וכרה להו והוי בור של שני שותפין א"ו דאף בכה"ג אמרינן דאין שליח לד"ע וכן מבואר בלשון רש"י כ"ג א' ד"ה נפל כו' דאי הוי כריי' הוי כורה חייב דאין שליח לד"ע דאסור לקלקל בר"ה הרי משמע להדיא דאף בשכירו שייך אין שליח לד"ע עכ"ד. ועי' בספר טור האבן בסימן ל"ה שכ' דהיכא דשכר להשליח יש שליח לד"ע והביא ראיה מד' התוספות בב"ק כ"ו א' גבי השוכר עדי שקר שכ' דבשוכר חייב בד"ש כו' דבשוכר יש שליח לד"ע כו' היפוך מד' השעה"מ הנ"ל וכ' דהא דאינו חייב בד"א היינו משום דבדיני ממונות אינו חייב בד"א עד שיעשה בעצמו מעשה בגופו ואפי' שורף שטרותיו של חבירו או מזיק שעבודו של חבירו כו' אע"פ שהזיקו מ"מ לא הזיקו בידים ולהכי פטור מד"א עכ"ד. ובזה דחה נמי הראי' מהא דבור של שני שותפין הנ"ל משום דבנזקין השוכר פטור שהרי הוא לא עשה ההיזק ולא גרע מגרמא בעלמא וא"כ כיון דהשוכר פטור אינו חייב רק העושה ושפיר בנזקין אין שליח לד"ע אפי' השוכר וכנ"ל גבי עדי שקר כו' והאריך בזה ופי' דבשוכר יש שליח לד"ע ועי' בספר לוחות העדות בסוף הספר בקונטרס נחלת אבות מבעל שעה"מ בסימן ל"ו ל"ז שכ' כמ"ש בשעה"מ דאף בשוכר נמי אין שלד"ע ודחה שם ד' השואל שס"ל דבשוכר יש שליח לד"ע והאריך בזה יעוש"ה וכן נ"ל עיקר דאף בשוכר נמי אין שלד"ע וכמ"ש בשעה"מ הנ"ל

וכן

וכן משמע מסתימת הפוסקים דאין חילוק בזה ואף בשוכר אין שלד"ע וכן מוכח מד' הריטב"א בקידושין מ"ב ב' דאף בשוכר אין שלד"ע וכמ"ש לקמן בסימן קפ"ח ס"ק ב' וישבתי בזה קושי' האר"עא דרבנן מערכת א' אות ה' יעוש"ה ועי' בספר ליוני חחו"מ סימן ל"א מ"ש בזה והנה הסמ"ע בס"ק ב' כ' הטעם דאין שלד"ע משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ויכול המשלח לומר סברתי שלא ישמע לי לעשות לכך אין המשלח חייב עכ"ד . ולפ"ד הסמ"ע אלו א"כ בישראל מומר לא שייך זה וחייב המשלח ועי' בחידושי רע"א בב"מ י"ב ד"ה אמר כו' שכ' על הסמ"ע דלא ידעתי מנ"ל זה והוכיח דלא כהסמ"ע מב"מ ח' א' גבי שותפין שגנבו כו' והאריך בזה ועי' לקמן סימן ספ"ח בש"ך ס"ק ס"ו ובקלה"מ שם ס"ק י"ב ובהגהות חכמת שלמה שם מ"ש בזה :

וראיתי בספר מעין גנים שהק' בהא דאמרינן בב"מ ל"ב א' יכול אמר לו אביו חלל את השבת ישמע לו דעשה דוחה ל"ת כו' והיכי ס"ד ע"ז דהא אביו המשלח יהי' חייב ע"ז וא"ל דאין שלד"ע ז"א דהא הטעם דאי בעי לא עביד ל"ש בבנו כו' וגם הטעם דשליח הוי בר חיובא נמי ליכא כו' ושוב ממילא המשלח חייב והוי אינו עושה מעשה עמך א"כ א"ל לשמוע לו כלל וא"כ קשה ל"ל קרא ע"ז עכקוש"י והניח בקושי' וכבר הקדימו בקושי' זו בהגהות מיימוניות בפ"ו מהלכות ממרים אות ח' ובהמקנה בקידושין ל"ב א' ד"ה מניח כו' יעוש"ה . ובאמת לק"מ דכיון דהדין הוא דעשה דוחה ל"ת לפי הס"ד הותרה הרצועה לאביו לצוות לו לחלל את השבת לכבודו ולא מקרי רשע בכך דאינו מצווהו לעבור עבירה כי התורה התירה לבנו לחלל שבת כדי לקיים מצות כבוד אב וא"כ מקרי עושה מעשה עמך דמצווהו בדבר המותר וצריך לשמוע לו ושפיר אצטריך קרא ולק"מ קושי' הנ"ל . וכן ראיתי בחידושי רע"א בב"מ ל' א' ד"ה ולא אתי ובתשובות בית אפרים חאה"ע סי' קי"ד ובספר שם אריה חאו"ח סימן א' שכתב כן ליישב קושי' הנ"ל והביא הב"א שם קושי' זו בשם החזקוני ועי' בס' ארך לבי חאו"ח סימן י"ח מ"ש ליישב קושי' הנ"ל יעוש"ה . ובעיקר דין זה דאין שלד"ע עי' בסמ"ע לקמן בסימן רל"ב ס"ק י' ובש"ך שם ס"ק ד' ובקלה"מ שם ס"ק א' ובנתיבות שם ס"ק ה' ובהגהות חכמת שלמה שם ובסימן שמ"ח בש"ך ס"ק ו' ובקלה"מ שם ס"ק ד' ובנתיבות שם ס"ק ד' ובדברי משפט שם ס"ק ג' ובמעין גנים שם ובסימן שפ"ח שם וביו"ד בסימן ק"ס בט"ז ס"ק י"א ובש"ך ס"ק כ' ובחוות דעת שם ס"ק ח' ובעלי לבונה שם וביש"ש בפרק מרובה סימן ל"ג ובמהרי"ט ח"א סימן קט"ז ובמשל"מ בפ"ב מהלכות רוצח הלכה ב' ובפ"ג מהלכות גניבה הלכה ו' ובפ"ה מהלכות מלוה ולוה הל' י"ד ובשעה"מ שם ובפי"ב מהל' ע"ז הל' א' ובטעם המלך שם ובפ"ו מהלכות יו"ט הלכה ט' ובפ"ז מהל' מעילה הלכה ב' ובמח"א הל' שלוחין סימן ט' ובהל' שותפות סימן ח' ובנו"ב מהדו"ק חאה"ע מסימן ע"ה עד סימן פ"ג ובמהדו"ת חאה"ע סימן קי"א קי"ב ובלימודי ה' לימוד י"ט ובפ"י בקידושין מ"ב ובהמקנה שם ובהפלאה בכתובות ל"ג ב' ובדו"א מהגאון רע"א שם ובגבעת פנחס מבעל הפלאה סימן כ"ט ל' ובתפארת לבי חאה"ע בדיני חרש רגמ"ה סימן מ"ז מ"ח ובחמדת שלמה בקידושין מ"ב ובגיטין י"א ב' ובב"מ ח' א' ובשעה"מ בסימן קע"ו ס"ק ג' ובדברי משפט שם ס"ק ב' ובסימן ק"ה ס"ק א' ובאר"עא דרבנן מערכת א' אות ה' ו' ובמשנת חכמים הל' ע"ז סימן ט"ז בינין שמועה אות ג' ובצפנת פענח שם ובתשובות רע"א סימן קל"ד ובחת"ס סופר באה"ע ח"א סימן ק"נ ובתשובות בית אפרים ביו"ד סי' ס"ב ובטור האבן בסימן הנ"ל ובספר מנחת עני חאה"ע סימן ס"ח ובדברי חיים בדיני שלוחין סימן א' ובדיני שומרין סימן י"א ובדיני גניבה סימן ה' ו' ובהשיב משה חחו"מ מסימן ל"ה עד סימן ל"ט ובמלא הרועים אות ש' שליח לד"ע ובאות ב' בן נח ובס' יש התלמוד בב"ק ע"א ובספר מנחת הבקר בב"מ י' ב' וס"א ב' ובספר תפארת יוסף החו"מ סימן ט' י' ובספר עונג יו"ט שם ובסימן קס"ה ובספר פרת יוסף סימן ט' ובספר ליוני חחו"נ סימן א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(ד) **וכל** מעשיו קיימין כו' בספר פרת יוסף בסוף הספר כ' להסתפק אם יכול השליח להקנות החפץ של המשלח בקרקע של השליח בקנין אגב קרקע וכ' דלא מהני והביא ראי' מב"ב קמ"ט א' בעובדא דאיסור גיורא דאם נימא דמהני א"כ הי' לו לרבא לחוש דאולי ימנה איסור שליח לקבל המעות מיד רבא וימסור ליד רב מרי והשליח יקנה לרב מרי בקנין אגב קרקע של השליח וע"כ דלא מהני עכ"ד . ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א לקמן בסימן ר"ב סעיף ד' שכ' דיכול שליח להקנות חפץ של המשלח אגב קרקע של השליח וכ"כ במקור חיים סימן תמ"ח ס"ק ע' דמהני והביא ראיה מלקמן בסימן ר"ב סעיף ד' בהקנה שדה לאפוטרופוס כו' משום דאפוטרופוס יד יתומים הוא כו' וה"ה כאן אף שהוא שליח רק על דבר זה לחוד מ"מ לענין זה הוי יד שליח כידו של המשלח עכ"ד . וכ"כ בחידושים שם ס"ק ה' דאם עשה שליח למכור חפצו והשליח מכר אגב קרקע שלו בלי נתינת כסף כלל ג"כ מהני בדיעבד עכ"ד . וכ"כ הנתיבות לקמן בסימן ר"ב בחידושים ס"ק ז' דמהני אגב קרקע של השליח וכן משמע מד' הר"ן בריש פ' הזורק גבי עובדא דתיזל איהי ותיחוד ותפתח כו' שכ' שם דמיירי שהגט לא הי' בביתו של שכ"מ אלא בבית של השליח כו' וא"כ הק' על רש"י שפי' בעובדא הנ"ל דמיירי שקניא לי' לגט באגב כו' דל"ל להסיא דוכתא דיתיב בי' גיטא דהא קי"ל דלא בעינן לצורין כו' ופי' דמיירי בקנין חצר יעוש"ה . ומדלא הק' על רש"י דהיכא מהני הקנין אגב קרקע של השליח ומשמע דס"ל להר"ן דמהני חפץ של המשלה אגב קרקע של השליח וכן ראיתי בחת"ס סופר חאו"ה סי' קט"ז שהביא בשם חותנו הגאון רע"א דיכול להקנות חפץ של המשלח ע"י קרקע של השליח והביא ראיה מד' הר"ן הנ"ל וגם הביא ד' המקור חיים הנ"ל אך החת"ס כופר שם השיג עליהם וכתב דא"י להקנות חפץ של המשלח אגב קרקע של השליח ודחה הראיה מהר"ן הנ"ל דה"מ להקשות ארש"י דע"י שליח לא מהני אגב אלא דעדיפא מני' הק' דהרי התוספות לא ס"ל כתי' הר"ן והביא ראיה דלא מהני מב"ב מ"ד ב' דקא' הגמ' דל"ל ארעא מעולם כו' וגם מלד הסברא דלא מהני כו' והאריך בזה ולפ"ד שם נדחה ראי' המקו"ח הנ"ל מהא דהקנה שדה לאפוטרופוס כו' אך לא הביא ד' הגמ' דב"ב קמ"ט הנ"ל ובאמת לפמ"ש בחידושי הרמב"ן שם דהא דלא אקנינהו לאחר במתנת שכ"מ ע"מ להקנות לרב מרי משום דלא סמכא דעתי' דלהוי אחר מפסיד להו מרבא עכ"ד . א"כ אין ראיה משם דלא מהני שליח די"ל דלא מלא איסור שום אדם דרולה להיות שליח להפסיד לרבא וכן לפמ"ש הרמב"ן שם דאיסור לא גמיר כו' יעוש"ה . נמי אין ראיה משם דלא מהני אגב קרקע של השליח ולכאורה יש להביא ראי' דמהני אגב קרקע של השליח מד' הגמרא בב"מ י"א ב' גבי עובדא דר"ג וזקנים כו' לפי האוקימתא דמטלטלי אגב מקרקעי הקנה להם לר"י ולר"ע אע"ג דהקרקע הוי רק לר"ע אפי"ה זכו עניים בהמעשר אף על גב דהקרקע לא קנו הם הרי דמהני אגב קרקע של השליח וכן אמר לי חכם אחד ראיה זו אבל באמת אין זה ראיה דר"ע הי' גבאי של עניים ויד הגבאי עדיף טפי וכדאמרינן בב"ק ל"ו ב' דאמר ר"י אנן יד עניים אנן ומהני מעמד שלשתן ליד גבאי ושוב ראיתי בתשובות ר' מבולס איגרא הנדפס מחדש חחו"מ סי' ט' שהביא מתחלה ראיה זו וא"כ דחה זה משום דיד הגבאי עדיף טפי וכמ"ש ועי"ש עוד שהביא ראיה דמהני מקידושין י"ט א' גבי אומר אדם לבתו קטנה לאי וקבלי קדושיך כו' וא"כ דחה זה יעוש"ה . וא"כ לענין דינא כ' דדין זה הוי ספיקא דדינא אי מהני אגב קרקע של השליח :

סעיף ג' (ה) **טעה** וקנה ביוקר . עי' במח"א הל' שלוחין סימן ב' שכ' דהיכא דטעה השליח אם יש עדים שהוא שליח המקח בטל ואין השליח מפסיד אף דלא הודיע שהוא שליח אבל הב"י ס"ל בדעת הרמב"ם אפי' אם טעה השליח כיון דלא הודיע שהוא שליח המקח קיים והשליח מפסיד עכ"ד

עכ"ד. ועי' בדברי משפט ס"ק ב' שכ' דדין זה תליא במחלוקת רש"י והתוספות רי"ד בקידושין מ"ב ב' אי הא דאמרינן שלוחו של אדם כמותו אם הוי כשליח לא עשה כלום רק המשלח דיד שליח כיד המשלח או דלא הוי כמו שהשליח לא עשה כלום רק הוי כמו שהשליח זכה בדבר אבל ודאי השליח עשה המעשה כו' והאריך בזה ועי"ש עוד בסוף הספר בחידושים של בן המחבר מ"ש להסתפק היכא דהוא ביטל המקח כו' ואח"כ הוזל החפץ כו' והאריך בזה יעוש"ה:

....

סימן קפג

סעיף ב' (א) **בקרקע** מיוחד כו' עי' בנתיבות בס"ק ג' שכתב דמגו מהני אף במקום דמשים עצמו רשע והא דה"נ כאן אף בלא מגו כו' מ"מ שליח שאני כיון דהוא רמאי וחזקה שליח עושה שליחותו כו' ועי' לעיל בכללי מגו סימן ע' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף ו' (ב) **בהג"ה** הכל למשלח. עי' ש"ך ס"ק י"ד שכתב דאם המשלח טוען שמא והשליח טוען ברי אוקמינן ממון בחזקת משלח ועי' בדברי משפט בס"ק ו' שהביא ראיה מכאן ומסימן קפ"ה כו' דאף היכא דליכא חזקת מ"ק רק חזקת ממון אפי"ה ל"א דברי ושמא ברי עדיף כו' ועי' לעיל בכללי תפיסה בסימן ג' מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן קפה

סעיף א' (א) **הסרסור** שליח הוא. עי' בש"ך ס"ק א' שכ' דכי היכא דבגיטין לא מהני היכא דלא חזרה שליחות אלא הבעל ה"ה דבמקח וממכר לא מהני כה"ג ובנתיבות בס"ק א' חולק עליו וכ' דבגט בעינן חזרה שליחות משום דבעינן נתינה מידו לידה וטלי גיטך מע"ג קרקע לאו כלום הוא כו' משא"כ בקנין כו' ובעבד מועיל טלי שחרור מע"ג קרקע כו' עכ"ד. הנה מ"ש הטעם דלא מהני בגיטין לא חזרה שליחות אלא הבעל משום דהוי טלי גיטך מע"ג קרקע כן מבואר להדיא בחידושי הריטב"א בגיטין כ"ד א' וס"ג ב' וכ"כ המח"א בהל' שלוחין סימן ד' והביא כן בשם חידושי הרא"ה והמבי"ט ח"ב סימן קל"ה שכ"כ יעוש"ה ומ"ש דבשטר שחרור מועיל אף טלי גיטך מע"ג קרקע וכ"כ בספרו תורת גיטין בגיטין ע' ב' ד"ה לא יתנו כו' אך בריטב"א בקידושין כ"ג ב' ד"ה איבעיא להו כ' דלא מהני טלי שחרור מע"ג קרקע ולא ראה הנתיבות ד' הריטב"א אלו ועי' לעיל בסימן קכ"ה ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בתשובות בית אפרים חחו"מ סימן י"ח ובדברי חיים בדיני שלוחים סימן י"ג ובדיני העושה שליח סימן ז' ובדיני מכירה סי' י"ג ובהגהות חכמת שלמה ובספר עונג יו"ט חאה"ע סימן קנ"ט מ"ש בזה יעוש"ה:

(ב) **משלם** המשים מביתו. עי' בנתיבות ס"ק ב' שכתב דקי"ל כר"מ דכל המשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן ועי' בסמ"ע לקמן בסימן ש"ט ס"ק א' שהביא ד' המ"מ שכתב דלא קי"ל כר"מ וכ"כ הרא"ש בפ' השוכר את האומנין סימן ט' דלא קי"ל כר"מ ועי' בביאורי הגר"א בסימן ש"ט ס"ק א' וכן ראיתי בהגהות חכמת שלמה שהשיג כן על הנתיבות:

סימן קפז

סעיף א' (א) **במקום** שאפשר להביא עליו עדים. בנתיבות בס"ק א' כ' דלאו דוקא בידוע שהי' במקום שיש עדים אלא שהנפקד בעצמו מודה שהי' במקום שיש רואה מ"מ חייב ואף שיש לו מגו משום דהוי כמגו במקום עדים ודלא כמהרי"ט עכ"ד. ולפ"ד מיושב קושי' הקצה"ח לקמן בסימן רל"ד ס"ק ב' שהק' דהיכא משכחת לה הך דינא דאיכי דהא אית לי' מגו דהחזרתי או להד"ם כו' והניח בצ"ע. ולפ"ד הנתיבות הנ"ל ניחא דהוי מגו במקום עדים וכ"כ הנתיבות בסימן רל"ד ס"ק א' דה"נ במגו משום דהוי מגו במקום עדים ועוד י"ל קושי' הקצה"ח לפמ"ש הט"ז בסימן רל"ו והברית אברהם חחו"מ סימן י"ד דמש"ה ל"א מגו לאפטורי משבועה משום דשבועה הוי בירור והיכא דיכול לברר מבררינן ולא מהני מגו היכא דיכול לברר וא"כ ניחא נמי קושי' הנ"ל דכיון דהוי במקום שיש רואה א"כ יכולים לברר ע"י הרואים וכיון דיכולים לברר לא מהני מגו וכמ"ש הט"ז והברית אברהם ולק"מ קושי' הקצ"ה הנ"ל ועי' לעיל בסימן ל"ג ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה. ועי' בספר נחל יצחק בסימן כ"ה ס"ק א' מ"ש בזה ועי' בריטב"א בב"מ פ"ג א' שכתב דאף בתובע במקום שיש רואה צריך להביא ראיה עוד כ' שם דהיכא דאמר הנתבע מתחלה יש לי ראיה יכול אח"כ לפטור משבועה ועי' במעיני החכמה בב"מ שם ובתשובת מבי"ט ח"א סימן קנ"ד ובספר משכן בצלאל מסימן ק"י עד סימן קט"ז מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן קפח

סעיף א' (א) **אין** העובד כוכבים נעשה שליח. עי' בקצה"ח ס"ק א' מה שהשיג על הב"ש באה"ע סימן ה' ס"ק ט' שהוכיח מתה"ד בסימן רל"ט דעובד כוכבים לעובד כוכבים אין שליחות והשיג עליו דאף התה"ד ס"ל כהמ"ב דעובד כוכבים לעובד כוכבים יש שליחות ועי' באבני מלואים שם ס"ק ג' ובמח"א הל' שלוחין סימן י"ד ובארעא דרבנן מערכת א' אות ה' ובעפרא דארעא שם וביד מלאכי ח"ג בכללי הדינים אות כ"ט ובספר משמרת הקודש בחלק התשובות סימן כ' ובספר ברית יעקב חאו"ח סימן ו' מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן ל"ב ס"ק ב' מ"ש בזה יעו"ש. ועי' בדברי משפט ס"ק א' מ"ש על ד' הרמב"ם בפ"ד מזכי' הל' ו' ועי"ש עוד בסוף הספר בחידושים של בן המחבר מ"ש על ד' הרמב"ם בפ"ד מהלכות תרומות הלכה א' והאריך בזה ועי' בפ"י בקידושין מ"ב ובהמקנה שם ובדברי חיים בדיני שלוחין סימן י"ט מ"ש ליישב קושי' הפנים מאירות לענין שליחות בשחיטת קדשים והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ב' (ב) **חרש** שו"ק כו' עי' במח"א הל' מכירה סימן ע"ו ובהל' שלוחין סימן י"א שכתב דאם שכר עובד כוכבים לתקן המעקה חייב לברך דפועל עדיף דידו כיד בעה"ב וחשיב כאלו הוא עצמו עשהו והביא ראיה מפ"ק דמציעא דפועל עדיף משליח כו' ובלקח מקח מחבירו והגבי' אותם הלוקח ע"י פועל עובד כוכבים כ' אף דיד פועל כיד בע"ה מ"מ י"ל דלא מהני משום דהוי חצר מהלכת כו' והביא ד' מהרשד"ם חחו"מ סי' שע"ו לענין אי מקרי חזקה בחפר ע"י פועלים עובדי כוכבים כו' והביא ד' הירושלמי בפאה פ"ב דמוכח דפועל מהני כו' והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בנתיבות ס"ק א' שכתב דמהני הגבהה או משיכה ע"י פועלים עובדי כוכבים משום דיד פועל כיד בע"ה וכדאמרינן בפ"ק דמציעא דפועל עדיף משליח והא דלא הוי חצר מהלכת כ' לחלק דיש ב' ענייני קנין. א' כשהוא בידו קנה אפי' לא הגבי' כלל כו' ויש עוד קנין כשהוגבה מכחו אפי' לא נטלו בידו כלל כו' והאריך בזה ופ' כן. ועי' בארעא דרבנן מערכת א' אות ה' שכתב נמי דבפועל עובד כוכבים מהני שליחות דידו כיד בע"ה והביא ד' מהרשד"ם והירושלמי הנ"ל והיינו כהמח"א הנ"ל ועי' בשער"מ בפ"א מהל' תרומות הל' י"א שהשיג על המח"א מהא דב"ק נ"א א' דפריך הגמ' בור של שני שותפין היכא משכחת לה אי דשוו שליח אין שליח לד"ע וכתב הרשב"א שם וקי"ל דלמא איירי דשוו שליח עובד כוכבים וי"ל דאין שליחות לעובד כוכבים כו' והשתא אם איתא כמו שכ' הרב כו' אכתי קשה אמאי לא

מהני

מפני דמשכחת לה בששכרו פועל עובד כוכבים דידו כיד בע"ה דמי הלא משמע ודאי דלא שנא עכ"ד . וכ' דכונת הראב"ד כתי' הב' של המח"א שם יעוש"ה . וכ"כ השעה"מ בסימן קפ"ב ס"ק א' דלא כהמח"א והביא ראיה מהא דד"ק הנ"ל דאף בפועל עובד כוכבים נמי לא מהני שליחות ול"א דידו כיד בע"ה וכבר הקדימו השעה"מ הנ"ל בזה ועי' במהרי"ט אלגזי בבכורות בפ"ד אות כ' שהשיג על המח"א הנ"ל וכ' דרבים מהפוסקים חולקים ע"ז וס"ל דאין חילוק ואף בפועל עובד כוכבים לא מהני שליחות כו' וכן משמע מכתימת כל הפוסקים דלא חלקו כלל וכ' ליישב דלא תקשי מהסיא דשאלה בבעלים כו' וכתב דאין ראיה מהא דמליאת פועל משום דהפועל עצמו ישראל הוא וראוי לשליחות כו' אבל היכא דמלד עצמו אינו ראוי לשליחות אינו נעשה שליח אף שהוא פועל אינו מעלה ומוריד להשכירו מפסולו ומפ"ז כתב בההוא דינא של המח"א הנ"ל במתקן המעקה ע"י פועל עובד כוכבים דלא יברך משום דלא חשיב כאלו עשה הוא בעצמו כיון דאין שליחות לעובד כוכבים ול"א דידו כיד בע"ה דמי כיון דאיהו גופי' פסול לשליחות משום דהוי עובד כוכבים עכ"ד והאריך בזה :

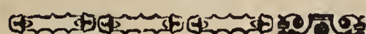
וגם בלא"ה אין ראיה מהא דפ"ק דמליעא דהתם קאי אליבא דר"נ דס"ל דהמגבי' מציאה לחבירו לא קנה חבירו ואקשי' לי' רבא מהא דמליאת פועל כו' ומוכרח ליישב דשאני פועל דידו כיד בע"ה דמי אבל לפי מה דקי"ל כר"י דהמגבי' מליאה לחבירו קנה חבירו ול"ק מהא דמליאת פועל . וא"כ שוב אין אנו לריכים לחלק בין פועל לשליח דעלמא ואף בפועל נמי לא מהני ול"א דידו כיד בע"ה דמי וכן מוכח מד' הריטב"א בפ' האיש מקדש מ"ב ב' שהביא הארעא דרבנן שם דאף בפועל עובד כוכבים נמי לא מהני שליחות דכ' שם אהא דאמרינן גבי אין שליח לד"ע דחייב המשלח בדיני שמים דדוקא שוכר דעביד מעשה חייב בד"ש אבל בדיבורא לא מחייב עכ"ד וה"ק' עליו בארעא דרבנן דבשוכר הוי כאלו איהו גופי' עביד וחייב אף בד"א דיד שכיר כיד השוכר עלמו דמי עכקוש"י יעוש"ה . ומוכח דס"ל להריטב"א דהיכא דאמרינן אין שליח כגון בד"ע דאמרינן אין שליח לד"ע אין חילוק בין פועל לשליח בעלמא ואף בפועל אמרינן דאין שליח לד"ע ולק"מ קושי' הארעא דרבנן הנ"ל וא"כ ה"ה נמי בהא דאמרינן אין שליחות לעובד כוכבים אין חילוק לד' הריטב"א הנ"ל ואף בפועל עובד כוכבים נמי אמרינן דאין שליחות ול"א דידו כיד בעה"ב דמי ועי' בשעה"מ בסימן קפ"ב שם ומ"ש בנתיבות הנ"ל דבקנין הגבהה יש שני ענייני קנין כו' וכתב דלפ"ז א"ש דבגיטין ע"ח כיון דלא מהני הגבהה בגט כשלא נעלה בידה דבגט ידה דוקא בעינן מש"ה ביד עבדה לא מהני כיון שהוא חלר מהלכת כו' עכ"ד הוא סותר ד"ע דבספרו תורת גיטין בסימן קל"ט סעיף ט"ו שכ' בהדיא דמסיכה והגבהה מהני בגט יעוש"ה וכן ראיתי בספר ליוני חו"מ סימן ל"א שהשיג כן על הנתיבות והביא ראיה ממתניתין דגיטין י"ט א' דתנן על הקרן של פרה ונותן לה את הפרה על יד של עבד ונותן לה את העבד כו' דמהני מסיכה בגט והאריך שם ובסימן ל"ב ובסימן מ' בזה להשיג על הנתיבות והמח"א הנ"ל והביא הרבה ראי' דאף בפועל עובד כוכבים לא מהני שליחות יעוש"ה ועי' בדברי חיים בדיני שליחות סימן כ' מה שכתב להשיג על הנתיבות הנ"ל והאריך בזה ושוב ראיתי בספר ברית יעקב חאה"ע מסי' ס"ט עד סימן ע"ה שהשיג על המח"א הנ"ל וכ' דהיכא דבעי שליחות לא מהני אף בפועל עובד כוכבים והאריך הרבה בזה יפ' כן יעוש"ה ועי' בהגהות מלפה איתן בשבועות ג' א' בתוס' ד"ה על הזקן שכ' מדלא קא' איש דאמר לקטן ולעובד כוכבים אקפי לי גדול כו' והא אין שליחות לקטן ולעובד כוכבים וכתב לייסב דמיירי בשכרו לקטן ולעובד כוכבים דמהני שליחות עכ"ד . והיינו כהמח"א והנתיבות הנ"ל והאן זה הוכחה די"ל כונת התוספות כמ"ש הנתיבות בסימן קפ"ב ס"ק א' או כמ"ש בשעה"מ בפ"ה מהלכות מלוה ולוה הלכה י"ד די"ל דס"ל להתוספות בדעת רש"י דיש שליחות לעובד כוכבים להומרא וה"ה לקטן :

ומה שהביא המח"א והארעא דרבנן שם ראיה דבפועל עובד כוכבים מהני שליחות מהירושלמי בפאה בפ"ב גבי קלרוהו עובדי כוכבים כו' דאמרינן התם שאם קלרוהו פועלים עובדי כוכבים ה"ז חייבת כו' וכן ראיתי בספר טור האבן בסי' ל"ה שהביא ראיה מד' הירושלמי אלו דבפועל יש שליח לד"ע דידו כיד בע"ה דמי יעוש"ה אין זו ראיה דהתם לא בעי שליחות דאפי' קלרי ישראל חבירו בלתי דעת הבעלים חייב בפאה מש"ה מהני פועל עובד כוכבים ועי' בשעה"מ שם מ"ש על ד' הראב"ד אבל היכא דבעי שליחות י"ל דאף בפועל עובד כוכבים לא מהני ול"א דידו כיד בע"ה דמי ועי' בהגהות חכמת שלמה בסימן קפ"ב שהביא ראיה להמח"א מזבחים קט"ז ב' דאסור לעשות שליחותן כו' ועי' בספר מנחת הבקר בב"מ כ"א ב' ד"ה אמר רבא שהביא ראי' להמח"א הנ"ל מהא דגרסינן התם להרבה ראשונים תולה מעותיו ביד עובד כוכבים והאריך בזה ועי' בהגהות מהגאון ר' יוסף חגיזא ליפא מייזליש הנדפס מחדש בקידושין כ"ג ב' גבי הני כהני כו' דס"ל כהמח"א הנ"ל ועי' בספרו תפארת יוסף חאה"ע סי' כ"ד שכ' כהמח"א הנ"ל ותליא זה בדין חזקה שליח עושה שליחותו והאריך הרבה בזה וכ"כ בחאו"ח סי' י"ט כהמח"א וכ' דהא דפליגי לענין חלר אי משום יד או שליחות תליא בפלוגתא אי מסיכה קונה בעובד כוכבים ומייסב בזה קושי' הקלה"ח אהא דפריך ותקני לי' כליו וכתב עפ"ז דחלר מועיל בעובד כוכבים גם מתורת שליחות וכ"כ עוד בחיו"ד סימן ל"א ל"ב ל"ג והאריך בזה וכ' בסימן כ"ד שם די"ל דבאופן דהשכיר לו החלר רק על דבר זה למען שיהי' נקנה החפלים שבתוכו מתורת שליחות באמת ל"מ מכח דאין שליחות לעובד כוכבים דהרי הוי כהשכיר החלר כעת שיהי' שלוחו וכיון דאין שליחות לעובד כוכבים ל"א כלל השכירות ורק באופן דהחלר מכבר שלו רק בחמץ ממ"כ מועיל כיון דאסור להשכיר חלרו להחזיק בו חמץ רק משכיר לו על שאר דברים ואף שמחזיק בו המץ אה"כ אין לנו בכך א"כ שוב ל"ש לומר דל"א השכירות ע"ז דהרי השכירות חלר הי' על שאר עניינים וממילא יש לו אה"כ דין פועל עכ"ד יעוש"ה . ועי' בספר מהר"ן יפה חהו"מ סימן ט"ז מ"ש על הנתיבות הנ"ל והאריך בזה ומ"מ לענין דינא כ' עיקר דאין חילוק ואף בפועל עובד כוכבים נמי לא מהני שליחות וכן משמע מסתימת ד' הפוס' הראשונים שלא חלקו בכך ועי' במנחת חינוך מלוה תקמ"ו שהשיג על המח"א הנ"ל וכ' דאם עשה מעקה ע"י חש"ו או עובד כוכבים לא קיים המלוה ובטל המ"ע וא"ל לברך והאריך בזה . ועי' בנתיבות לעיל בסימן קפ"ב ס"ק ב' מ"ש לענין שליחות עובד כוכבים וחש"ו ועי' עוד במח"א הל' שלוחין סימן ט"ו ובאו"ח סימן ת"כ סעיף ו' ופרמ"ג שם בסימן תש"ז מ"ש בזה :

(ג) **שאינם** בני דעת . עי' בקלה"ח ס"ק ב' מה שהק' על הרמב"ם בפ"ב מגירושין מגיטין י"ג כו' והאריך בזה ועי' בתשובות בית אפרים חאה"ע סימן ק"א ובנודע בשערים ח"א בחידושיו להל' גיטין סימן קי"ט סעיף ד' מה שהשיגו על הקלה"ח והאריכו בזה יעוש"ה :

(ד) **אחד** הקטן ואחד הקטנה . ע"י בקלה"ח בס"ק ג' שהק' על מ"ש רש"י בב"מ ע"א ב' ד"ה קטן כו' דכי כתיב שליחות בגדול כתיב בראוי לתרום שיהא הקדישו הקדש כו' דהא קי"ל מופלא הסמוך לאיש דאורייתא והוי תרומתו תרומה כו' א"כ שפיר משכחת לה בראוי לתרום אפילו בקטן עכקוש"י ועי' במנחת הבקר בב"מ שם שכ' לייסב קושי' הקלה"ח דאף דמהני תרומתו והקדשו היינו דוקא במעשה שתדש או בדבור דהקדש דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי אבל במחשבה דקטן ודאי לא מהני עד שיגדיל עכ"ד . והאריך בזה לייסב יעוש"ה . ודבריו נכונים ועי' עוד בקלה"ח מ"ש בד' הרמב"ם והראב"ד בפ"ו מהלכות גירושין הלכה ט' דאזלי לשיטתייהו דהרמב"ם ס"ל דמופלא הסמוך לאיש דאורייתא כו' א"כ מאתם בני דעת לא ממעט קטן דסמוך לאיש אכתי קטן הוא אבל הראב"ד

הרא"ד לשיטתו דס"ל לאו דאורייתא כו' א"כ יליף שפיר מאתם למעט קטן עכ"ד. וקשה על דבריו דא"כ הי' לו להגמ' לומר בקידושין מ"א ב' דלכך צריך קרא דגם אתם בתרומה לרבות דאלו מגירושין לא הי' מועיל שליחות עד שיביא שתי שערות ויהי' גדול דלא מצינו רק בגדול ואף באשה דמתגרשת קטנה מ"מ שליח א"י לעשות וכמ"ש הרמב"ם משום דשליח לקבלה צריך עדים כו' ואשמועינן הריבוי דגם לגבי תרומה דנעשה שליח א"ו מוכח דאף במופלא הסמוך לאיש אינו מועיל הפרשתו וכן ראיתי בספר אמרי בינה בדיני תרומות ומעשרות סימן א' שהק' כן על הקצה"ח והאריך בזה ולענין עיקר דין זה דמופלא הסמוך לאיש עי' ברמב"ם בפי"א מהלכות נדרים הלכה ב' ובמשל"מ שם ובפ"ד מהלכות תרומות הלכה ה' ובראב"ד בפ"ב מהלכות גירושין הלכה י"ג ובמשל"מ שם ובפ"א מהלכות ערכין הלכה י"א וביד מלאכי כללי המ"ם אות תנ"א ובאמרי בינה שם בדיני נדרים סי' כ"ח מ"ש בזה יעוש"ה:



הלכות מקח וממכר

סימן קפט

סעיף א (א) **ואפי'** מחלו זה לזה כו'. בטור כ' וז"ל אבל אם הי' לו פקדון בידו וכיון לקנות בשכוש ידוע שאמר לו ליתן למפקיד לא קנה עכ"ל. והק' הט"ז דכיון דחצירו קונה לו והיא ברשותו אמאי לא קנה ותי' דכאן לא מהני רשותו דהא כ' הרשב"ם בפ' הספינה פ"ה א' שרשות הנפקד שהחפץ מונח בו הוי רשות המפקיד עכ"ד. ועי' במהרי"ט ח"א סימן ס"ה שהביא כן בשם חכם אחד שכ' כהט"ז עפ"ד הרשב"ם הנ"ל ודחה זה דבמה קנה המפקיד רשותו של הנפקד כיון דבעינן כסף או חזקה ועוד תינח היכא שמייחד לו מקום אבל היכא שאינו מייחד לו מקום מא"ל. ועוד נימא חצירו ומתנתו באין כאחד כו' והאריך בזה לפרש ד' הרשב"ם יעוש"ה. ובקצה"ח בס"ק א' דחה ד' מהרי"ט ומיישב כל קושי' והאריך בזה ומסכים להט"ז אך הק' מקידושין מ"ז ב' האו' לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך והלכה ומצאתו שנגנב או שאבד אם נשתייר ממנו ש"פ מקודשת כו' וכי נשתייר מאי הוי במה מקדשה כיון דמחסרא משיכה וחצירה אינו קונה דחצר דמפקיד הוא עכקוש"י. ועי' בנתיבות לקמן בפתיחה לסי' ר' שהשיג על הקצה"ח וכ' דהעיקר כהמהרי"ט וכ' דמהא דקידושין הנ"ל הוי ראיה ברורה למהרי"ט ובאמת בהרא"ש בפ"ק דפסחים סימן ד' מבואר להדיא כהט"ז הנ"ל שכ' שם על ד' הר"ר יונה שחולק על הגאונים וס"ל דלעולם ברשות המפקיד וחייב לבערו מה"ת וכ' דהטעם הוא דאע"פ שהנפקד קבל עליו אחריות מ"מ עיקר הממון של הבעלים הוא כיון שהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינא בי' ביתו עכ"ל. הרי להדיא כהט"ז הנ"ל וכן מבואר להדיא בשימקו"ב ב"ב פ"ה א' ד"ה ברשות הלה כו' כהט"ז הנ"ל ועי' במח"א הל' שכירות סימן א' מ"ש בזה:

שוב ראיתי בספר שם אריה חאה"ע סימן י"ב שהביא ד' הרא"ש הנ"ל ותמה על הקצה"ח והנתיבות דאמאי לא הביאו ד' הרא"ש הנ"ל יעוש"ה אך לא הביא ד' השימקו"ב הנ"ל. ומה שהק' הקצה"ח על הט"ז מקידושין מ"ז הנ"ל י"ל כמ"ש בדברי משפט בס"ק א' דיש לחלק בין אם המפקיד הפקיד אצל הנפקד לזמן או הפקיד אצלו כאשר בלא זמן עפ"ד התוספות בר"פ הזורק ע"ז ב' והאריך בזה. ועי' בנחלת יעקב מהגאון מליסא בב"מ מ"א א' ד"ה אימא סיפא כו' בהג"ה שם אות ז' ובספר דברי שאול בדרוש לשבת הגדול בפסחים ה' ב' מ"ש בזה ועי' בספר מהר"ן יפה חחו"מ סימן י"א ובספר ארץ צבי חחו"מ סימן י"ט מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה. ולכן נ' עיקר לדינא כהט"ז והקצה"ח ודלא כהנתיבות הנ"ל ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק ב' מ"ש בד' הטור הנ"ל והאריך בזה ועי' בסמ"ע ס"ק א' שכ' דאף בשכירות בעי שום קנין ולא מהני מחילה וכ"כ הסמ"ע לקמן בסימן שט"ו ס"ק ב' בהג"ה בשם הריב"ש סימן תק"י. ועי' בשעה"מ שם בס"ק א' מ"ש להשיג על זה ועי' בתוספות בבכורות י"ח ב' ד"ה אקנויי כו' שכ' בתי' הא' דאפילו בלא קנין קני דגמר ומשעבד נפשי' יעוש"ה. וכונתו משום דאיכא מלוה גמר אף בלא קנין וכ"כ באבני מלואים באה"ע סימן ל' ס"ק ג' דזהו כונת התוס' משום דהוי מלוה וזהו דבר חדש ועי' בתשובות רע"א סימן ל"ז שהביא ד' התוס' אלו לענין בכור ועי' במנחת חינוך במלוה שמ"ג שהביא נמי ד' התוספות הנ"ל וכ' עפ"ז ליישב קושי' המקו"ח בסימן תל"ד על הט"ז שם ס"ק ו' וכ' דזהו כונת הט"ז כהתוספות הנ"ל והאריך בזה. ועי' ברמ"ך ח"ב בסוף הספר בהשמטות סימן י' שהביא נמי ד' התוספות הנ"ל יעוש"ה:

סימן קצ

סעיף ב' (א) **בכסף** כיצד כו'. עי' ש"ך ס"ק א' שכתב דמלוה אינו קונה ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק א' מ"ש על הש"ך שלא הביא ד' הרמב"ם דס"ל דמלוה קונה כו' והאריך בזה ועיי"ש עוד בס"ק ב' מ"ש על הש"ך שכ' דבממכרי כיון שא"י למחול מקודשת ודאי ובמכר קנה והאריך בזה יעוש"ה:

(ב) **בכסף** שו"פ כו'. והוא מד' הרמב"ם בפ"א מהלכות מכירה הל' ד' וכ' המ"מ מימרא בפ"ק דקידושין וכ"כ רבינו ירוחם דהכי איתא בפ"ק דקידושין וכ' הב"י דהיינו מדאמרינן שם ואשה בפחות מש"פ לא מקניא נפשה דפחות מש"פ לא מקרי כסף עכ"ד. וכ"כ בבאר הגולה אות ד' ועי' בגליון ש"ע מהגאון רעק"א שהק' דהא כן הוא מימרא מפורשת בקידושין י"ג א' כשם שאין אשה מתקדשת בפחות מש"פ כך אין קרקע נקנית בפחות מש"פ והניח בצ"ע. ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק ד' מ"ש ליישב ד' הב"י והאריך בזה ועי' בפ"י שם ובהמקנה שם מ"ש ליישב קושי' התוספות שם ולפ"ד יש ליישב נמי ד' הב"י הנ"ל יעוש"ה. ועי' בביאורי הגר"א ס"ק י"ג שציין על קידושין י"ג א' ועי' בסמ"ע ס"ק א' שכתב דדוקא כשנתן לו הש"פ על דמי הפרעון והשאר זקף עליו במלוה כו' אבל אם לא נתן לו רק לתורת קנין לא קנה ועי' בט"ז שהשיג עליו ועי' בנתיבות ס"ק ב' ובדברי משפט ס"ק א' שכ' דהעיקר כהט"ז ועי' באבני מלואים באה"ע סימן כ"ט ס"ק ב' שכ' דהעיקר כהסמ"ע והאריך בזה ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק ג' ובמנחת חינוך במלוה מ"ג אות א' ובמלוה של"ו אות א' מ"ש על ד' הסמ"ע והט"ז והאריכו בזה. ועי' עוד בחידושי הרי"מ ס"ק ה' מ"ש לענין אם ישראל מעובד כוכבים קנה בפחות מש"פ ועי' במנחת חינוך שם מ"ש והאריך בזה ועי"ש עוד מ"ש לענין אם אצל המוכר הוא ש"פ ואצל הלוקח אינו ש"פ כו' יעוש"ה:

סעיף ד' (ג) **בהג"ה** שאמר למוכר שדך קנוי לך. עי' בהגהות אמרי ברוך שהק' דתיפוק לי' שזכין לאדם שלא בפניו ושאני קידושין דלא הוי זכי' וכמ"ש הרשב"א כו' עכקוש"י. וכבר הקדימו בקושי' זו במח"א הל' שלוחין סי' ט"ו ובקצה"ח בס"ק ב' ועי"ש ובנתיבות ס"ק ג' ובדברי משפט ס"ק ב' ובדברי חיים

בדיני מכירה סימן א' מ"ש ליישב קושי' זו והאריכו בזה ועי' בשעה"מ בפ"א מהלכות מכירה הלכה ו' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ט' (ד) **והניח** משכון כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ו' מ"ש לענין אם נתן שט"ח על עצמו אי מהני במקום כסף כו' והאריך בזה ועי' במח"א הל' קנין מעות סימן ה' ובספר מעין גנים בסוף סימן ל"ט בד' הש"ך ס"ק מ"ט ובדברי אמת בקונטרס קניינין סי' ב' ובתשובות בית אפרים חחו"מ סימן כ"ו ובספר נחל יצחק בסימן ס"ו ס"ק ב' ובספר משכן בצלאל מסימן רע"א עד סימן רפ"ב מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן קצא

סעיף א (א) **שדי** נהוגה לך כו'. עי' במקור חיים בהל' פסח סימן תמ"ח ס"ק ט' שכ' דשליח שמכר שדה וחתם בשטר מכירה שמו אף שמברר הלוקח בעדים שהי' זה שלוחו של בעל השדה מ"מ לא קנה בשטר זה עכ"ד והובא דבריו בספר מעין גנים שם ובגליון ש"ע מהגאון רע"א כאן :

(ב) **אע"פ** שאין בו עדים. עי' בסמ"ע ס"ק ג' והק' בגליון ש"ע מהגאון רע"א דבכתב סופר ואין עליו עדים אין דין שטר עליו ובמה קנה ואם בכת"י המוכר דהוי כחת"י דקק' עדים דמי אך כ' הסמ"ע ס"ק א' אע"ג דאדם יכול להזדייף הא בכת"י המוכר א"י לזייף וכמ"ש התוס' ב"ב כ"א עכקוס"י. ולפמ"ש הב"ח הובא דבריו בש"ך לעיל סימן מ"ב ס"ק ב' שכ' דהסמ"ע מיירי שיש ע"א רק שאין ע"מ ואינו כת"י המוכר כו' יעוש"ה . א"כ ניחא ד' הסמ"ע דשפיר דין שטר עליו כיון שיש ע"א ומקרי שפיר יכול להזדייף כיון שאינו כת"י המוכר ומיושב שפיר קושי' הגאון רע"א הנ"ל ועי' בהגהות אמרי ברוך שמיישב עפ"ד הב"ח הנ"ל קושי' המקנה בקידושין כ"ו א' ד"ה כתב כו' על הסמ"ע והבית מאיר באה"ע סימן קל"ג :

סעיף ג (ג) **שטרי** קנין הם. עי' בחת"ס סופר בהשמטות בסימן קצ"ט שכ' דאפשר דאפי' בשאר שטרות שהם לקנין כו' גם זה תליא במסירה מידו לידו ולא מהני טלי מע"ג קרקע עכ"ד יעוש"ה :

סעיף ד (ד) **בהג"ה** או נאבדו המעות כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ג' שכ' דאפי' נאבד המעות באונס נמי מהני לענין מקח וקידושין כו' וכ"כ בספרו אבני מלואים באה"ע סימן מ' ס"ק ב' והאריך בזה ועי' בתשובות רע"א בסימן ר"ד שנסתפק בדין זה לענין קידושין ועי' בנתיבות ס"ק ד' שכ' דדין זה תליא בפלוגתא דרבוותא דלדעת הר"ן כו' מהני אפי' נאנסו המעות אבל לדעת הרשב"א שם כו' לא מתקדשה אם נאבדו באונס עכ"ד . ועי' בהמקנה בקידושין כ"ט א' ד"ה אע"פ כו' מ"ש בד' הרשב"א שם ובקו"א בסימן מ' ובדברי חיים בדיני מכירה בסימן ג' מ"ש והאריכו בדין זה יעוש"ה :

סימן קצב

סעיף ב (א) **כיון** שנעל כו'. עי' בתשובות מהרשד"ם חחו"מ סימן שע"ו שכ' דמהני חזקה ע"י פועלים עובדי כוכבים ועי' במח"א הל' מכירה סימן ט"ו ובאבני מלואים בתשובות שבסוף הספר בסימן כ"ה מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן קפ"א ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בספר פרת יוסף בקו"א מ"ש בזה :

סעיף יג (ב) **וכן** בשכירות כו'. עי' בנתיבות ס"ק ו' מ"ש לענין חזקה דשכירות ועי' בדברי חיים בדיני ח"ק וח"מ סימן י"ד מ"ש להשיג על הנתיבות והאריך בזה יעוש"ה :

סימן קצד

סעיף ג (א) **בהג"ה** אבל במטלטלין קנה בנתינת המעות. עי' ש"ך ס"ק ד' מ"ש בשנת רמ"א ועי' בקצה"ח ס"ק ג' שהאריך בדין מכירת חמץ לברר הקנין שיוצא מידי איסור חמץ ובענין קנין דרבנן אי מהני לדאורייתא ולפי שדין זה נוגע בכמה מקומות וגם ראיתי להאחרונים שהאריכו הרבה בדין זה ובדין מכירת בכור ע"כ אמרתי גם אני אענה את חלקי ואבאר זה בעזה"י. הנה הב"י באה"ע סימן כ"ח הביא ד' רבינו ירוחם שכ' גבי קדשה בחוב שיש לו על אחרים במעמד שלשתן דהיינה מקודשת אלא מדרבנן כיון דמע"ש אינו אלא מדרבנן עכ"ל א"כ ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ומש"ה ס"ל דאינה מקודשת אלא מדרבנן . והב"י כ' עליו דאינו מוכרח דכיון דתקנו רבנן שיקנה במע"ש נקנה לה המעות והוי מדאורייתא עכ"ד וס"ל להב"י דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ומש"ה ס"ל דהוי מקודשת מדאורייתא ודעת התוספת כהב"י שהרי כ' התוספת בב"ק י"ב א' ד"ה אלא כו' דקנין אגב דרבנן ובב"מ מ"ו א' גבי הי' עומד בגורן ואין בידו מעות כו' דפריך הגמ' ונקנינהו נהלי' אגב קרקע וכיון דקנין אגב הינו אלא מדרבנן והיכי מלי לקנינהו אגב קרקע לפדות בהם הפירות מדאורייתא א"ו מוכח דס"ל להתוס' דקנין דרבנן מהני לדאורייתא . וכן משמע מד' התוס' בסוכה ל' ב' ד"ה שינוי כו' דקנין דרבנן מהני לדאורייתא שכ' וז"ל ואע"ג דקני מדרבנן כו' כיון דמדאורייתא לא קני לא נפיק הכא ומיהו גבי הסיא סבתא משמע גבי סוכה דנפיק אע"ג דלא קני אלא מטעם מרים אלא יש לתרץ התם משום תקנת השבים כו' עכ"ל . ומשמע מסוף דבריהם דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וס"ל כן לעיקר מדל' ליישב דהתם משום תקנת השבים כו'. וכן ראיתי במח"א בהל' קנין משיכה סימן ב' בהג"ה שם שכ' דכן הוא דעת התוספת סוכה הנ"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא. אך דעת התוס' בב"ק ק"ד ב' ד"ה הגב כו' משמע דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא שכ' וז"ל והיא דפרק הזהב גבי הי' עומד בגורן דפריך ולקני לי' אגב ארעא ומשני דל"ל ארעא התם מדאורייתא בעינן דאית לי' ארעא דאי לית לי' ארעא לא הי' קרויין מעותיו מדאורייתא שיוכל לפדות בהם פירות מעשר שני עכ"ל ומה בכך דאודיתא הוי מדרבנן הא מוכח מד' התוס' הנ"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ומשמע דס"ל להתוס' דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא . ועי' במח"א בהל' משיכה סימן ב' שהוכיח נמי כן מד' התוס' אלו דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא וא"כ ד' התוס' סתרי זא"ז וכן הק' הקצה"ח בס"ק הנ"ל ד' התוס' אהדדי :

ודברי הקצה"ח בד' התוס' הנ"ל הם תמוהים לכאורה שמתחלה הק' על מהרש"ק דגם בהורת אגב יש לגמגם לפ"ד התוס' דקנין אגב דרבנן כו' ולפ"ד רי"ו הנ"ל כו' דקדשה במעמ"ש כו' לא הוי קידושי תורה וא"כ בקדושת בכור דהוא איסור תורה אינו פקע ע"י קנין דרבנן כו' עכ"ד והא לפ"ד התוס' דס"ל דקנין אגב דרבנן מוכח מד' הגמ' דב"מ הנ"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכמ"ש הקצה"ח בסוף דבריו ועי' עוד בקצה"ח בסימן ר"ב ס"ק ה' . ונ"ל דעיקר כונת הקצה"ח הנ"ל להקשות על מהרש"ק מ"ש אא"כ דאפי' לד' הב"י כו' דהוי קידושי תורה כו' וא"כ בקנין אגב דאינו אלא דרבנן אפשר דעובד כוכבים אינו קונה עכ"ד כן נ"ל ליישב דבריו . אבל עכ"פ ד' התוס' סתרי אהדדי ועי' בגלה"ש מהגאון רע"א בב"ק י"ב שליין על התוס' ק"ד הנ"ל וכן בהגהות ר' ברוך פרענקיל בתוס' ק"ד

שם

שם ציין על התוס' י"ב הנ"ל וכונתם להקשות ד' התוס' אהדדי דסתרי אא"ז וכנ"ל . וכמדומה לי שכן הק' נמי בקהלת יעקב למהרי"ט אלגזי ד' התוס' אהדדי ואינו כעת ת"י . אך באמת לק"מ די"ל דהתוס' ב"ק ק"ד ס"ל דקנין אגב דאורייתא דכן ס"ל להתוס' בקידושין ה' א' ד"ה שכן דקנין אגב דאורייתא יעוש"ה וכן י"ל דס"ל להתוס' ב"ק ק"ד הנ"ל וי"ל דזהו כונת הגאון רע"א שם שציין על התוס' קידושין הנ"ל וכונתו כמ"ש דלפ"ד התוס' דקידושין לא כסרי אהדדי ד' התוס' דב"ק די"ל דהתוס' ב"ק ק"ד ס"ל כהתוס' דקידושין וכן ס"ל להריטב"א בקידושין כ"ו ב' דקנין אגב דאורייתא . ושוב ראיתי בשעה"מ בפ"ג מהל' מכירה הל' ח' שהק' קושי' זו ותי' דהתוס' ק"ד הנ"ל ס"ל דקנין אגב דאורייתא והביא ד' הריטב"א הנ"ל אך לא הביא ד' התוס' דקידושין הנ"ל ועי' בשער המלך שם מ"ש לחלק בין חד דרבנן לתרתי דרבנן והאריך בזה יעוש"ה ולפ"ד י"ל דאף התוס' ק"ד הנ"ל ס"ל דקנין אגב דרבנן ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר שם בסימן ר"ב מ"ש ליישב קושי' זו דהתוס' ב"ק ק"ד ס"ל דקושי' הגמ' דב"מ הנ"ל הוא לאו מטעם קנין אגב כו' וכ' שם להוכיח מד' התוס' דב"מ שם דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא מהא דהק' דנקנינהו ע"י אודיתא אע"ג דאינו אלא מדרבנן והיינו דס"ל דקושי' הגמ' שם הוא מטעם קנין אגב ומוכח דקנין דרבנן מהני לדאורייתא כו' . ועי' בישועות יעקב באה"ע סימן כ"ח ס"ק י' שכ' דהתוס' בב"מ שהק' דנקנינהו ע"י אודיתא אזלו ממ"ש בב"ק ק"ד הנ"ל ומ"ש בסוף ד"מ שם דמד' רש"י שפי' דקושי' הגמ' שם הוא מטעם אגב מוכח דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא יעוש"ה אינו מוכרח די"ל דרש"י ס"ל דקנין אגב דאורייתא ועי' בספר עמק יהושע בדיני לולב בסימן י"ג שהביא נמי ראי' מהא דב"מ הנ"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא לדעת התוס' ב"ק י"ב הנ"ל. ומה שהביא שם ראי' מד' רש"י בגיטין ע"ז ב' גבי עובדא דתיחוד ותפחה כו' דפרש"י דמיירי בקנין אגב דמוכח דס"ל לרש"י דקנין דרבנן מהני לדאורייתא עכ"ד אינו ראי' די"ל דרש"י ס"ל דקנין אגב דאורייתא וכש"ל להתוס' דקידושין הנ"ל וכ"כ הקצה"ח בסימן ר"ב ס"ק ה' דרש"י ס"ל דקנין אגב דאורייתא ועי' בחת"ס סופר חיו"ד סימן שי"ד ובספר ברית יעקב חאה"ע סימן מ' מ"ש ליישב קושי' הנ"ל אבל עכ"פ לפ"ד התוס' דב"ק מוכח מהא דב"מ הנ"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא . אך אף דמוכח מהא דב"מ לדעת התוס' דב"ק הנ"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא מ"מ אינו מוכח דס"ל להתוס' כהב"י הנ"ל גבי קדשה במע"ש אלא שפיר י"ל דס"ל כהרי"ו הנ"ל דאינו אלא קידושין דרבנן לפמ"ש הישועות יעקב שם דסיכא דכבר נקנה לו המעות אף ע"י קנין דרבנן הוי המעות שלו ויכול לעשות מה שירצה וממילא גם לענין קידושין מהני כו' אבל כשמקדש את האשה בקנין דרבנן בזה נחלקו הפוס' עכ"ד יעוש"ה וא"כ שפיר י"ל לפ"ד דאף התוס' ס"ל כהרי"ו הנ"ל וכן ס"ל להרא"ש בב"ק שם סימן י"ד ובפ' הגוזל עצים סימן ו' דקנין אגב דרבנן וא"כ ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכדמוכח מהא דב"מ הנ"ל :

אך מד' הרא"ש בפ' מרובה סימן ב' משמע לכאורה להיפוך שכ' שם וז"ל וקי"ל כרבה וקני יאוש לאומרא כו' ואם קידש אשה בגזילה אחר יאוש צריכה גט דרבה סבר דלכל הפחות קני מדרבנן אבל מדאורייתא קי"ל דיאוש לא קני עכ"ל ומשמע מפשט ד' הרא"ש שכ' לאומרא וגם מלשון צריכה גט דאם קדשה אחר צריכה נמי גט משני וכ"כ הגט פשוט בסימן ק"כ ס"ק ז' כן בכונת הרא"ש יעוש"ה . ואי נימא דס"ל להרא"ש דקנין דרבנן מהני לדאורייתא א"כ הוי קידושי של ראשון קידושי דאורייתא כיון דיאוש קונה מדרבנן וקנין דרבנן מהני לדאורייתא ומן השני אינה צריכה גט דלא תפסי בה קידושין של השני ומשמע מד' הרא"ש אלו דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ומד' הרא"ש דפ"ק דב"ק הנ"ל דס"ל דקנין אגב דרבנן מוכח דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וא"כ לכאורה סתרי ד' הרא"ש אהדדי מהא דפ"ק דב"ק להא דפ' מרובה הנ"ל . אך י"ל דהרא"ש דפ"ק דב"ק ס"ל דקושי' הגמ' דב"מ הנ"ל הוא לאו מטעם קנין אגב וכמ"ש הדברי משפט בסוף הספר הנ"ל וא"כ שפיר י"ל דהרא"ש ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ושפיר ד' הרא"ש ולפ"ד אינו מוכח מד' התוס' דב"ק י"ב הנ"ל דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא די"ל דס"ל דלא מהני רק דס"ל דקושי' הגמ' דב"מ הנ"ל הוא לאו מטעם קנין אגב . אך מ"מ מוכח מד' התוספת והרא"ש הנ"ל דס"ל דקנין אגב דרבנן דקנין דרבנן מהני לדאורייתא מעובדא דר"ג וזקנים כו' שהביאו הגמ' בב"מ י"א ב' ובקידושין כ"ז א' דהי' עת הביעור והי' רוצה לצאת ידי חובת הביעור והקנה להם המעשרות בקנין אג"ק והי' פטור מחובת הביעור אלמא דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכן ראיתי במשכנות יעקב חחו"מ סימן ס' ובספר טור האבן סימן י"ח ובספר עמק יהושע שם שהביאו ראי' זו דהתוס' והרא"ש ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ועי' במנחת חינוך מצוה תר"ז מ"ש בזה וא"כ ד' הרא"ש הנ"ל סתרי אהדדי . ועי"ש עוד בטור האבן שהק' ד' התוס' אהדדי מהא דב"ק ק"ד הנ"ל ופי' דאין כונת התוס' לומר דבעינן מדאורייתא שיהי' לו קרקע רק כונתם הוא דלא מהני הודאתו על שקר לומר שיש לו קרקע ואין לו ואיך ישקר לעוות דין תורה ויפדה מעשר שני שלא כדין אבל באמת קנין דרבנן מהני לדאורייתא עכ"ד . אך באמת אין סתירה בד' הרא"ש די"ל דכונת הרא"ש בפרק מרובה הנ"ל הוא כמ"ש בנו"ב מהדו"ת חאה"ע סימן כ"ד אות ל"ג לחלק דבשאר קנין דרבנן שחז"ל תקנו הקנין הוא לקנות בו לכתחלה ובהיתרא וממילא תקנו שיהי' בו קנין גמור אבל בגזל אטו חכמים תקנו קנין זה שיגזול ויקנה הרי עכ"פ לא בתקנת חז"ל אתי לידו ובאיסורא אתי לידו ומן התורה עדיין צריך להחזיר החפץ אלא שמדרבנן א"צ להחזיר כו' וזה גרע ממע"ש עכ"ד יעוש"ה ומש"ה אף דס"ל להרא"ש דקנין דרבנן מהני לדאורייתא אפי"ה ס"ל בקדשה בגזל לאחר יאוש דלא קני מדאורייתא ותפסי קידושין של אחר וכנ"ל ושפיר ד' הרא"ש הנ"ל ועי' בקהלת יעקב מהגאון מליסא באה"ע סימן כ"ח סעיף א' ובספר שם ארי' חאו"ח סימן י"א מ"ש לחלק בין קדשה בגזל לשאר קנין דרבנן ועי"ש עוד בשם ארי' מ"ש עפ"י סברתו בכונת התוס' דב"ק ק"ד הנ"ל דאין מוכח מדבריהם דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא :

ובעיקר ד' הרא"ש דפ"ק מרובה הנ"ל עי' ביש"ש שם סימן ז' ובג"פ שם ובמשכנות יעקב שם ובנו"ב מהדו"ת חאה"ע סימן ע"ז מ"ש והאריכו בזה ולפ"ד היש"ש שם ס"ל להרא"ש הנ"ל דאי יאוש קונה מדרבנן מקודשת מדאורייתא דהפקר ב"ד הפקר יעוש"ה ולפ"ד בודאי ניחא ד' הרא"ש הנ"ל ואין כאן שום סתירה ועי' בב"ש באה"ע סימן כ"ח ס"ק ו' ובאבני מלואים שם ס"ק ל"ג מ"ש בזה וכן הוא דעת הר"ן דקנין דרבנן מהני לדאורייתא שכ' בפ' הזורק ע"ח א' ד"ה היכי דמי וז"ל ואע"ג דד' אמות לכ"ע אינן קונות דבר תורה כיון דרבנן אקנינהו ואמרי שיהו קונות הרי הקנום לו ועשאום כחצירו והפקר ב"ד הפקר עכ"ל . הרי דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ועי' בר"ן בפ' התקבל ס"ד ב' ד"ה ונמכור כו' שכ' וז"ל ואני תמה אי מודה שמואל דזכי' מדרבנן אית לי' למה לן לפרוקי שאני שיתופי מבואות דרבנן ואפי' הוא מדאורייתא אמאי לא מהני כיון דרבנן תקון לי' זכי' והא קי"ל דהפקר ב"ד הפקר עכ"ל הרי להדיא דס"ל להר"ן דקנין דרבנן מהני לדאורייתא . אך מד' התוס' שם שפי' דהא דס"ל לרב חסדא דקטן זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים היינו מדאורייתא אבל מדרבנן זוכה לאחרים ומדהקשה רב חיננא על ר"ח משיתופי מבואות דמזכין ע"י קטן מוכח דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא דלא כהר"ן דהא הוכחות הר"ן הוא מכח זה דמאי קושי' על ר"ח משיתופי מובאות ומכח זה הק' על התוס' וכנ"ל ומדלא חשו להתוס' להך קושי' הר"ן מוכח דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ודלא כהר"ן הנ"ל . וגם מד' הרא"ש מוכח דלא ס"ל כהר"ן הנ"ל דהא בגיטין ע"ח ב' כ' דמש"ה

דמש"ה תקנו חז"ל דמהני קרוב לה אפי' מאה אמה משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואין כאן עוקר דבר מה"ת ולפ"ד הר"ן הנ"ל א"ל לזה דהא כיון דחז"ל הקנו הק' אמה נעשו חלירה מד"ת ומוכח דלא ס"ל להרא"ש כהר"ן הנ"ל אלא ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא וא"כ ד' התוס' והרא"ש סתרי אהדדי דהא מד' התוס' בב"ק י"ב והרא"ש הנ"ל דס"ל דקנין אגב דרבנן מוכח דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא מהא דב"מ י"א וקידושין כ"ז א' הנ"ל. וכן ראיתי בתשובות רע"א בסימן רכ"א בתשובת בנו הגאון רש"א באות ה' שהביא ד' התוס' והרא"ש דגיטין הנ"ל דלא ס"ל כהר"ן שם אלא ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ובאות ו' שם הביא דגם התוס' בחגיגה כ"ה ב' ד"ה חבר כו' ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא כו'. אך הביא ד' התוס' בגיטין י"ג א' ד"ה תנו מנה ובגיטין מ' ב' ד"ה וכתב לי' כו' דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וסותרים לד' התוס' גיטין ס"ד וחגיגה הנ"ל כו' וכ' דס"ל להתוס' והרא"ש דהפקר ב"ד לא מהני רק לסלק רשות בעלים והוי הפקר אבל שיהי' כח בידם לומר שיהא קנוי לאחר לא מלינו דהפקר ב"ד למדנו בגיטין ל"ה ב' מקרא דכל אשר לא יבא יוחרם רכושו כו' ועפ"ז מיישב שלא יסתרו ד' התוס' הנ"ל אהדדי. וגם כ' עפ"ז ליישב ד' הרא"ש אהדדי מהא דגיטין הנ"ל לד' הרא"ש דפ' מרובה לפ"ד היש"ש הנ"ל שס"ל לדעתו דאלו יאוש קונה מדרבנן ממילא מקודשת מדאורייתא דהפקר ב"ד הפקר כו' והאריך בזה יעוש"ה:

אך עדיין אינו מיושב ד' התוס' גיטין ס"ד והרא"ש בפ' הזורק לד' התוס' בב"ק י"ב והרא"ש הנ"ל דמוכח מהא דב"מ י"א ב' וקידושין כ"ז א' הנ"ל דקנין דרבנן אף דלא מטא לידי' מהני לדאורייתא שהוא פטור מחובת ביעור דאורייתא וא"כ עדיין ד' התוס' והרא"ש הנ"ל סתרי אהדדי. אך ראיתי בתשובות רע"א שם בסימן רכ"ב אות כ' שכ' דאין ראי' מד' הרא"ש דפ' הזורק דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא דלא כהר"ן הנ"ל דהר"ן לא כ"כ רק לענין הד' אמות דהם שלה לכל מילי דזכי' שם אגר עלי' אבל הנך ק' אמה דלשאר מילי אינו שלה ל"ש לומר דחז"ל הקנו לה שיהי' חלרה דלא מלינו קנין לחלאין והוי רק תקנת חז"ל בעלמא דתקנו הגט אבל לא מדין חלרה וכן משמע להדיא בהרא"ש בפרק הזורק כו' אלא ע"כ דבקנין ד' אמות גם הרא"ש ס"ל דא"ל לאפקינהו עכ"ד. וא"כ אף הרא"ש דגיטין נמי י"ל דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכדמוכח מד' הרא"ש דב"ק הנ"ל ולא סתרי ד' הרא"ש אהדדי אך ד' התוס' סתרי אהדדי מהא דגיטין ס"ד להא דב"ק י"ב הנ"ל ועי' בתשובות רע"א שם אות כ"א שהק' ד' התוס' אהדדי דבסוכה ל' ב' ד"ה שינוי כו' ס"ל דבקנין דרבנן אף שהוא בידו לא מקרי ממוני' מדאורייתא כו' ובהיפוך למה דס"ל בב"ק י"ב דקנין אגב דרבנן מוכח מב"מ מ"ו א' כו' דאף ע"י קנין דרבנן ועדיין לא מטא לידי' הוי ממוני' מדאורייתא ויכול לחלל בו מעשר עכקוש"י. הנה מה שהוכיח דהתוס' ב"ק י"ב הנ"ל ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא מהא דב"מ מ"ו היינו כמ"ש הקצה"ח הנ"ל ולפמ"ש הדברי משפט בסוף הספר הנ"ל אין ראי' מהא דב"מ הנ"ל. אך יש להוכיח דהתוס' ב"ק י"ב ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא מהא דב"מ י"א ב' וקידושין כ"ז א' הנ"ל וכמ"ש ומ"ש הגאון רע"א הנ"ל דהתוס' סוכה ל' ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא כ"כ נמי במקור חיים הל' פסח סימן תמ"ח ס"ק ט' דדעת התוס' סוכה הנ"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא. וכן ראיתי באדעא דרבנן בסוף הספר בהשמטות אות מ' סי' קמ"ה שכ"כ בדעת התוס' הנ"ל והק' מד' התוס' אלו על הב"י דמע"ש הנ"ל והניח בל"ע וכ"כ בעמק יהושע שם בדעת התוס' הנ"ל. אך באמת מסוף ד' התוס' שם משמע דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכמ"ש המח"א שם בהג"ה כן בדעת התוס' הנ"ל וכ"כ בספר מגן האלף מהגאון מפלאלק בסימן תמ"ח שם ס"ק ה' דבמסקנא ס"ל להתוס' הנ"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא והשיג על המקו"ח הנ"ל. וכן ראיתי בתשובות רע"א בסוף הספר בהוספות חדשות בסימן הנ"ל משם הגאון ר' שלמה איגר שכ' דדעת התוס' הנ"ל הוא דקנין דרבנן מהני לדאורייתא והאריך בזה והשיג על אביו הגאון רע"א בדעת התוס' הנ"ל:

ושוב ראיתי באדעא דרבנן במערכת אות מ' סימן תנ"א בהגהות עפרא דארעא שם אות ס"ה שכ' נמי דדעת התוס' הנ"ל הוא דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וא"כ אין שום סתירה מד' התוס' סוכה לד' התוס' ב"ק הנ"ל דאף התוס' סוכה הנ"ל ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ועי' בבנין עולם חיו"ד סימן נ"ט מ"ש והאריך בזה אך יש סתירה מד' התוס' גיטין ס"ד לד' התוס' ב"ק י"ב הנ"ל וכמ"ש לעיל. ומ"ש הגאון רש"א הנ"ל דהפקר ב"ד הוי דאורייתא לענין דילאו מרשותן אבל לענין שיהי' קנוי לאחר ע"י תקנתא דרבנן לא הוי ממוני' דאורייתא והסכים עמו הגאון רע"א שם באות הנ"ל אך כ' דמד' הרשב"א בגיטין גבי פרוזבול מפורש דאף לענין שיקנה האחר הוי לימוד גמור מקרא דנחלות וכ"כ במקו"ח שם דקנין דרבנן אין להם כח מדאורייתא רק להפקיר הממון מרשות בעלים ומ"מ לריך לעשות קנין כזוכה מן ההפקר כו' ומיישב בזה קושי' התוס' סוכה הנ"ל ומחלק בין סוכה ללולב וגם מיישב בזה קושי' הב"ש באה"ע סימן כ"ח ס"ק ו' מה שהק' על היש"ש בדעת הרא"ש בפרק מרובה הנ"ל דמ"ש ממע"ש והאריך בזה. וכ"כ בספרו קהלת יעקב באה"ע שם סעיף א' וסעי' י"ג ובספרו נתיבות לקמן בסימן רל"ה ס"ק י"ג והאריך בזה. וכ"כ בג"פ באה"ע סימן ק"כ ס"ק ה' ובמח"א בסימן הנ"ל ובישועות יעקב באה"ע שם כהמקו"ח דהפקר ב"ד לא מהני רק להפקיע מרשות בעלים אבל לריך לעשות קנין כזוכה מן ההפקר וכ' הישועות יעקב שם דבעינן דוקא שיהי' הזוכה גדול שיוכל לקנות מן ההפקר משא"כ שהזוכה קטן דלאו בר קנין הוא מן ההפקר ל"מ יעוש"ה. ובאמת מבואר להדיא ביש"ש בפ' האשה רבה סימן י"ט דתליא בפלוגתא דר' ילחק ור' אלעזר בגיטין ל"ו ב' מהיכא ילפינן דהפקר ב"ד הפקר ועי' לעיל בסימן ב' ס"ק ב' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה. ובד' התוס' גיטין וב"ק הנ"ל י"ל דהתוס' דגיטין ס"ל דקנין אגב דאורייתא וכמ"ש התוס' בקידושין ה' והריטב"א שם כ"ז הנ"ל ומש"ה ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא. ועוד י"ל דאף לד' התוס' דס"ל דקנין אגב דרבנן אין ראי' מהא דב"מ י"א ב' ומקידושין כ"ז א' הנ"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא די"ל כמ"ש בבנין עולם שם דר"ג עשה שני הקניינים קנין חליפין וגם קנין אגב דקנין סודר מה דאינו מועיל הוא רק מדרבנן דכן כ' מלשון רש"י שכתב לפיכך אסור להקנותם בסודר בדרך מקח כו' ונראה כמוכרס לו משמע דאין בזה רק משום מראית העין לבד דבאמת אין בזה מו"מ דהא הדרא סודר למארי' וא"כ כיון שלא נשאר רק מה שלא ילא ידי חובת ביעור מדרבנן דמה"ת כבר ילא א"כ שוב מועיל בזה קנין דרבנן בקנין אגב עכ"ד יעוש"ה וא"כ אין ראי' מהא דב"מ י"א וקידושין כ"ז דקנין דרבנן מהני לדאורייתא מהא דב"מ מ"ו כבר כתבתי לעיל דאין מוכח לד' התוס' דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ועי' בדברי חיים בדיני קידושין סימן ח' ובספר חידושי מהרש"ד בסוף בקידושין א' אגב קרקע מ"ש דאין ראי' מד' הגמ' הנ"ל. ועי' בקהלת יעקב ממהרי"ט אלגזי באות אגב מ"ש בד' התוס' הנ"ל והאריך בזה ואינו ת"י. וא"כ שפיר י"ל דאף התוס' דב"ק י"ב הנ"ל ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא וכדס"ל בגיטין ס"ד הנ"ל ואין שום סתירה מד' התוספות ב"ק לד' התוס' גיטין. ועי' בשעה"מ בפ"ח מהל' לולב בהל' י' שהוכיח מד' התוס' בסנהדרין ס"ח ב' ד"ה קטן כו' דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא והשיג על הבני חיי וגם מד' הרא"ש דפ"ק דב"ק הנ"ל נמי אינו מוכח ושפיר י"ל דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא וכדמשמע מפשט דבריו דפ' מרובה ופ' הזורק הנ"ל רק מד' הר"ן דגיטין ס"ד הנ"ל מוכח דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ועי' בשעה"מ

שם

שם שהוכיח מד' הר"ן בפ' לולב וערבה גבי לא ליקני כו' דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא והשיג על הפר"ח בספר מים חיים והאריך בזה:

והנה רש"י בב"מ מ"ח א' גבי פלוגתא דר"י ור"ל אי דבר תורה מעות קונות או משיכה מפורשת מה"ת בד"ה קאי באבל כו' כ' וז"ל ונפ"מ לענין איסורא כגון אם קידש בו את האשה לר"י הוי קידושין דמדאורייתא קני' ודידי' הוא ולר"ל לא הוו קידושין עכ"ל. ומשמע מפשט ד' רש"י אלו דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ומש"ה ס"ל דלר"ל לא הוי קידושין וכן ראיתי באבני מלואים שם שהביא ראי' מד' רש"י אלו כן וכ' דכן משמע מד' הטור לקמן בסימן קצ"ח דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא שכ' לפיכך משקבל המוכר המעות הן שלו מה"ת ואם קדשה בהם את האשה מקודשת כו' והאריך בזה בד' רש"י והטור. אבל באמת אין ראי' מד' רש"י הנ"ל דכונת רש"י הוא היכא דקדש המוכר במעות שקבל מן הלוקח דלר"י הוי קידושין דאורייתא ואין החכמים יכולים להפקיע ולר"ל לא הוי קידושין כלל אבל אם קדש הלוקח בהחפץ כיון דקני במשיכה מדרבנן שפיר י"ל דס"ל לרש"י דהוי קידושין אף לר"י דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכן אם קדש המוכר בהחפץ לר"ל הוי מקודשת מדאורייתא ולר"י הוי מקודשת מדרבנן וי"ל דמהני הקידושין אף מדאורייתא דקנין דרבנן מהני לדאורייתא. וכן ראיתי בבעלי לבונה ביו"ד בסימן ש"כ שכ"כ בכונת רש"י והאריך בזה ועי' עוד בעלי לבונה בסימן רל"ב סעיף ב' מ"ש בזה ועי' בפ"י בב"מ שם ובחידושי רע"א שם ובמעייני החכמה שם במה"ב ובדגול מרבבה לקמן בסימן קצ"ח ובטור האבן בסימן הנ"ל ובמח"א הל' קנין מעות סימן י"א ובמשל"מ בפ"ה מהל' אישות הל' ז' ובחת"ס סופר חיו"ד סימן שי"ד ובדברי חיים בסימן הנ"ל ובדיני מכירה סימן ט' ובבנין עולם בסימן הנ"ל ובחידושי הרי"מ בס"ק ג' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ועי' בשעה"מ שם שהוכיח מד' רש"י בסוכה ל"א א' שהביא הב"י בא"ח סימן תרל"ז דס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וא"כ עכצ"ל בד' רש"י דב"מ הנ"ל כמ"ש דאל"כ יסתרו ד' רש"י אהדדי מהא דסוכה הנ"ל. וכן מד' הטור דסי' קצ"ח הנ"ל נמי אין ראי' דמיירי שם דהמוכר קדש האשה במעות בזה כיון דקי"ל כר"י הוי קידושין דאורייתא ואין החכמים יכולים להפקיע. אבל לר"ל לא הוי קידושין כלל. אבל היכא דקדש הלוקח בהחפץ שפיר י"ל דס"ל להטור דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ועי' במח"א שם מ"ש בדין זה אם קדש הלוקח את האשה בכלי קודם שנתן הדמים להמוכר. והנה הרמב"ן בחידושיו לב"ב ע"ז א' ד"ה הכי גרסינן הביא דעת הסוברים דס"ל דמכירת שטרות דרבנן ומש"ה המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול דלא אלים להפקיע כח הראשון שלא יוכל למחול והק' על דבריהם מקידושין מ"ח ב' גבי קדשה בשט"ח דאחרים כו' דלשנא דמקודשת משמע מה"ת כו' עכ"ד. ועי' בארעא דרבנן במערכת אות מ' סימן ת"ח שהק' להנך פוס' דס"ל דמכירת שטרות דרבנן מהא דקדשה בשט"ח דאחרים דאמרינן מקודשת כו' ולא ראה ד' הרמב"ן הנ"ל שכבר הק' קושי' זו. ועי' בעמק יהושע בסימן הנ"ל שהביא נמי ראי' זו מסברא דנפשי' וגם הוא לא ראה ד' הרמב"ן הנ"ל ומשמע דס"ל להרמב"ן דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא:

אך באמת דבריו תמוהים דהא אמרינן בגמ' שם דבמלוה ע"פ פליגי במע"ש כו' ומע"ש הוי ודאי דרבנן ואפי"ה תני מקודשת וכן הק' הפ"י שם ובקו"א אות ס"ב ועי' באבני מלואים שם ובהמקנה בקידושין שם בתוס' ד"ה המוכר ובתרומת הכרי בסימן ס"ו ס"ק א' מ"ש ליישב קושי' הפ"י וא"כ משמע דהרמב"ן ס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא וכ"כ במח"א שם ובשעה"מ שם ובמלא הרועים באות א' בענין איסור דרבנן אי מקרי אינו ראוי מדאורייתא לדעת הרמב"ן דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא. ועי' בישועות יעקב שם ס"ק י"א שכ' נמי כן לדעת הרמב"ן דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא אך כ' דבמע"ש ס"ל להרמב"ן דמקודשת מדאורייתא ומיישב בזה קושי' הפ"י הנ"ל יעוש"ה. אך באבני מלואים שם כ' די"ל דאף הרמב"ן ס"ל דקנין דרבנן מועיל לדאורייתא משום דהפקר ב"ד הפקר והאריך בזה וכ"כ בחמדת שלמה בחידושיו לקידושין שם דהרמב"ן ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ומיישב בזה קושי' הפ"י הנ"ל והאריך בזה ועי' בבנין עולם שם ובדברי חיים בדיני קידושין סימן ז' ובספר שאילות שמואל חיו"ד סימן פ"ו ובספר שם אריי' בסימן הנ"ל ובספר ארץ צבי חיו"ד סימן כ"ב מ"ש בזה יעוש"ה:

ובדעת הרמב"ם הנה הרמב"ם בפ"ח מהל' לולב הל' י' כ' וז"ל ואין נותנים אותו לקטן שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מה"ת ונמצא שאם החזירו לו אינו יוצא עכ"ל. ומשמע מסתימות ד' הרמב"ם אלו דמיירי אף שהגיע לעונת הפעוטות אפי"ה אינו מקנה לאחרים מה"ת ומש"ה אין נותנים לקטן וכן פי' הלח"מ שם דזהו כונת הרמב"ם וא"כ מוכח דס"ל להרמב"ם דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא וכן כ' במח"א שם ובשעה"מ שם דכן הוא דעת הרמב"ם ועי' בשעה"מ בפ"ח מהל' שקלים הל' א' שהק' על הרמב"ם מהא דתנן בשקלים פ"א משנה ה' אע"פ שאמרו אין ממשכנים נשים ועבדים וקטנים אם שקלו מקבלים מהם וכ' הברטנורה שם ובתנאי שימסרו לצבור לגמרי כי היכי דלא ליהוי ק"ל קרב משל יחיד עכ"ל. והא מדאורייתא לאו בר הקנאה הוא ונמצא דבר תורה קרב משל יחיד כו' ולדעת הרמב"ם מבן י"ג שנה חייב בשקלים כו' עכקו"ש והאריך בזה ליישב. ועי' באבני מלואים שם מה שהשיג על השעה"מ ומ"ש ליישב קושי' הנ"ל והאריך בזה ועי' בקצה"ח בסי' רל"ה ס"ק ד' ובנתיבות שם ס"ק י"ג מ"ש בזה ועי' במח"א שם מה שהק' על ד' הרמב"ם הנ"ל מד' הרמב"ם דהל' מעילה שפ' דהשואל קרדום של הקדש מחבירו חבירו מותר לבקע בו לכתחלה כו' והאריך בזה ליישב ועי' בטור האבן שם ובעלי לבונה שם ובשאילות שמואל שם ובעמק יהושע שם ובספר פרת יוסף חחו"מ סימן כ"ז מ"ש בד' הרמב"ם הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה. ולפי דבריהם אין הכרע בד' הרמב"ם היאך ס"ל. ובדעת הרשב"א הנה הרשב"א בחידושיו בגיטין ס"ד ב' כ' דהא דאמרינן בסוכה לא ליקני איניש לולב לינוקא דמיירי דוקא בלא הגיע לעונת הפעוטות אבל אם הגיע לעונת הפעוטות אקנויי נמי מקנה ומהני לצאת בו מדאורייתא יעוש"ה. אע"ג דהוי רק קנין דרבנן ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכ"כ השעה"מ שם בדעת הרשב"א אך הק' מד' הרשב"א בגיטין שם שכ' גבי הא דכנס מעות הללו ופדו מע"ש. מהכא משמע דקטן אית לי' זכי' מדאורייתא אפי' בממון דאל"כ אין פודין אלא משל אב והי' להם להוסיף חומש אלא ש"מ דזוכה ד"ת עכ"ל והשתא מאי ראיה מייתי נימא כיון דיש לו קנין מדרבנן קרינן בי' שלהם ד"ת וא"צ להוסיף חומש כי היכי דמהני לצאת ידי חובת לולב ד"ת כו' א"כ נמצאו ד' הרשב"א סותרים עכקו"ש והניח בצ"ע וכן הק' בדברי משפט בסימן רל"ה ס"ק א' והאריך בזה ליישב. וכן ראיתי בדברי משפט בסוף הספר בסימן ר"ב שהק' ד' הרשב"א אהדדי ותי' עפ"ד המקו"ח הנ"ל והאריך בזה ועי' בדברי חיים שם מ"ש ליישב קושי' זו ועי' במח"א שם בסג"ה שכ' דהרשב"א ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא והביא דגם הרשב"א בחידושיו לסוכה גבי ההיא דלא ליקני כו' נמי ס"ל הכי דקנין דרבנן מהני לדאורייתא והיינו כהר"ן הנ"ל. וכ"כ באבני מלואים שם דהרשב"א ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכ"כ בתשובות בית אפרים חחו"מ סימן א' דדעת הרשב"א דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ומיישב קושי' השעה"מ הנ"ל על הרשב"א והאריך בזה ועי' בספר שם אריי' שם ובספר פרת יוסף שם מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ועי"ש עוד במח"א שכתב דהמרדכי בפרק הזורק גבי עובדא דהיחוד ותפתח ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא כהר"ן הנ"ל ועי' בשאילות שמואל שם מ"ש בזה ועי"ש עוד בדברי משפט שהביא ד' הריטב"א בפרק השואל צ"ט א' ד"ה ופליגא

ופלוגתא שכתב דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וא"כ מד' הר"ן והרשב"א והריטב"א ולדעת המח"א אף המרדכי הנ"ל נמי ס"ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא והיינו כהב"י הנ"ל דס"ל דבקדשה במעמ"ש הוי קידושי דאורייתא וכן י"ל דס"ל לרש"י והרמב"ם והרמב"ן והתוס' ב"ק והרא"ש הנ"ל :

ועתה אבאר דין זה מהש"ס אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא או לאו. הנה בכתובות ל"ד א' ובב"ק ע"א ב' פריך הגמ' ולמ"ד דרבנן מ"ט דרבנן דפטרי הרי דס"ל להגמ' דאף דאיכא איסור דרבנן אפי"ה מקרי שחיטה ראוי' כיון דמדאורייתא ראוי הוא אזלינן בתר דאורייתא ובב"ק ע"ב א' קאמר הגמ' לימא קסבר ר"י חולין שנשחטו בעזרה לאו דאורייתא דאי ס"ד דאורייתא מכי שחיט לי' פורתא אסרה איהך לאו דמרה קא טבח. הרי דס"ל נמי להגמ' הכא דאי הוי דרבנן חשיב שפיר דמרה קא טבח משום דאזלינן בתר דאורייתא וכן ס"ל להגמ' בחולין כ"ז ב' דפריך הגמ' שם בהא דאמרינן השוחט ונתנבלה בידו פטור מלכסות ואי אמרת אין שחיטה לעוף מה"ת אמאי פטור הרי דס"ל להגמ' אף דמדרבנן צריך שחיטה מ"מ כיון דמדאורייתא ראוי לאכילה אזלינן בתר דאורייתא וקרינן אשר יאכל. אולם יש ראיות להיפוך מסוכה ל"א א' גבי ההיא סבתא דצווחא קמי' דר"נ דריש גלותא וכולהו רבנן יתבי בסוכה גזולה ואמר ר"נ דפעיתא היא דא ואין לה אלא דמי עצים בלבד. הרי דס"ל להגמ' דאע"ג דמדאורייתא לא מפקא מידי סוכה גזולה בכך עד דסותר את ביתו ומחזיר מריש גופי' אפי"ה מכי תיקון רבנן דאין לו אלא דמי עצים בלבד ודמים הוא חייב לו שפיר חזי ומפקא מידי סוכה גזולה ושפיר קרינן בי' לכם וכן מבואר בגיטין נ"ה ב' גבי גנב והקדיש כו' דפריך הגמ' ואי אמרת יאוש כדי לא קני כרת מאי עבידתי' ומשני כרת שע"י דבריהם באתה לו אוקמא רבנן ברשותי' כי היכי דלחייב עלי' הרי דס"ל להגמ' דע"י קנין דדבריהם חייב כרת מדאורייתא כיון שהוא שלו מדרבנן וכן מוכח בכתובות ע' א' דפריך הגמ' וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה ואע"ג דהשעבוד שלו הוא מדרבנן דתקנו מזונות תחת מעשה ידי' אפי"ה לא מצי מדיר לה דאזלינן בתר דרבנן. וכן מבואר בשבועות ל"ג א' דפריך הגמ' אלא ראשונה אמאי הא קיימא שני' ומשני אמר רבינא הכא במאי עסקינן כגון שהיתה שני' בשעת כפירת ראשונה קרובים בנשותיהן ונשותיהן גוססות כו' קמ"ל והא דעת הרמב"ם דקרובי אישות דרבנן ועי' לעיל בסימן ל"ג וא"כ מדאורייתא ראוים הכת השני' להעיד וא"כ לא כפירה הראשונה ממון מדאורייתא אלא כיון דרבנן פסלן א"כ הוי שפיר כפירת הראשונה כפירה ממון וחייבין בקרבן ומייתינן חולין לעזרה וכן מבואר עוד שם ל"ה א' על המתניתין דתנן ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד ואמרינן לאפוקי מאי ר"פ אמר לאפוקי מלך רב אחא בר יעקב אמר לאפוקי משחק בקוביא ואע"ג דמדאורייתא חזי כיון דרבנן פסלוהו תו לא חזי. והרמב"ם בפ"י מהל' שבועות הל' א' פי' כראב"י הרי דאזלינן בתר דרבנן :

ובאמת לכאורה קשה לר"פ דאמר לאפוקי מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא חזי וחייב בק"ש העדות א"כ אמאי כפירה הראשונה חייבת הא קיימא שני' אע"ג דהוי' קרובים בנשותיהן מ"מ הא מדאורייתא חזי וכן ראיתי בטור האבן שהק' קושי' זו יעוש"ה. אך באמת לק"מ לפמ"ש התוס' שם בד"ה ורבנן כו' ואע"ג דאמר לקמן הכל מודים בעד מיתה דחייב משום דרבנן אכשרו' ואזלינן בתר דרבנן בתר תרווייהו אזלינן לחייבו. דהתם כיון דמדרבנן מועלת עדותו הרי יש כאן הפסד ממון במה שלא העיד והכא אף על גב דמדרבנן לא מהני עדותן מידי כיון דמדאורייתא מהני מחייב עכ"ל. א"כ לק"מ על ר"פ דבשבועות העדות אזלינן בתר תרווייהו דאזלינן בתרווייהו לחומרא א"כ התם נמי אזלינן לחומרא גבי קרובים בנשותיהן בתר דרבנן כדי לחייבם כת הראשונה שכפרו ול"ק קושי' הטור האבן הנ"ל ועי' במלא הרועים שם מ"ש בד' התוס' הנ"ל והאריך בזה. אבל עכ"פ לדידן דפסקינן כראב"י מוכח דאזלינן בתר דרבנן וכנ"ל וכן מוכח מהא דאמר ר' יוחנן בשבועות שם ל"ז ב' דהכופר בממון שיש עליו עדים חייב בשטר פטור והתוס' בב"מ ד' ב' ד"ה אין נשבעין הק' למ"ד שע"ד היכי מיירי אי יש לו קרקע אף בכופר בממון שיש עליו עדים הוי שע"ק ואי אין לו קרקע אף בשטר לא הוי שע"ק ותי' דמיירי שיש לו משועבדים ואין לו בנ"א יעוש"ה. וא"כ הא מדאורייתא אף בעדים ראוי לגבות ממשועבדים כיון דשע"ד וכדאמר ר"פ בסוף ב"ב דאי שע"ד הי' גובין מלקוחות רק משום פסידא דלקוחות תקנו שלא יגבה מע"פ ממשועבדים וא"כ אמאי הכופר בממון שיש עליו עדים חייב הא מדאורייתא הוי שע"ק דהא ע"כ מיירי שיש קרקע דאל"כ בשטר אמאי פטור וא"כ כיון שיש לו קרקע בעדים אמאי חייב הא הוי שע"ק א"ו משום דאזלינן בתר דרבנן וכן מוכח בתוס' בפסחים כ"ט א' ד"ה אין פודין שכ' וז"ל אע"ג דהא דאין פודין מדרבנן הוא דאין פודין מ"מ כיון דחכמים אמרו אין פודין א"כ לא שוה מידי תו לא מחייב מעילה עכ"ל. הרי להדיא דס"ל דאזלינן בתר דרבנן ופטור מן המעילה וכן מוכח מנדרים ל"ד ב' דאמר רבא הי' לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זה יהי' הקדש נטלו לאכול מעל וכ' הר"ן שם הטעם כיון דהוא זכה מטעם ד"א הוי כמגבי' מציאה לחבירו וה"נ להקדש וכ"כ התוס' שם ד"ה ואמר כו' והא ד"א אינו קונות אלא מדרבנן ואיך יביא קרבן מעילה א"ו כיון דרבנן אמרו דזכה מכח הפקר ב"ד ממילא הוי שלו לענין מעילה וכן הביא ראי' זו בעמק יהושע שם. ועוד הביא ראי' מב"מ ס"ו ב' אמר ר"נ השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרא פירי וכ' הרמב"ם דהוי רבית קצוצה ויוצא בדיינים אע"ג דהא דאסמכתא לא קניא לדעת הרמב"ם אינו אלא מדרבנן כו' ומ"מ הוי רבית קצוצה א"ו כיון דמדרבנן אסמכתא לא קניא הוי רבית קצוצה ועוד הביא שם ראי' מיבמות ס"ז דאמר ר"י ב"ר יוסי משום אביו הבת מאכיל הבן אינו מאכיל ומוקי לה בנכסים מועטים כו' אלמא אע"ג דמדאורייתא יורש הבן ופוסל בעבדים מלאכול בתרומה כו' אפי"ה כיון דרבנן אמרו דבנכסים מועטים יורשים הבנות ע"כ אינו פוסל ויכול העבד לאכול בתרומה דאורייתא אלמא דתקנתא דרבנן בממון אלים כדאורייתא עכ"ד. ועי' בטור האבן שם שהביא ראי' זו וא"כ דחה והאריך בזה :

ועי' באבני מלואים שם שהק' מד' הגמ' אלו על הרמב"ם בפ"ט מתרומות שכ' דבאכילת תרומה אזלינן בתר קנין תורה והאריך בזה ליישב וסיים דלדעת הרשב"א דס"ל דספיקא דאורייתא מה"ת לחומרא מוכח מהא דיבמות הנ"ל דקנין דרבנן מהני לאיסורי תורה עכ"ד. ועי' בקהלת יעקב באה"ע שם ובדברי חיים שם מ"ש בזה וכן מוכח מיבמות ל"ב במתניתין כיצד ספק קידושין זרק לה קידושין ספק קרוב לו או לה וחולצת ולא מתיבמת ואם נאמר דבדבר שהוא דרבנן לא מהני לדאורייתא א"כ מאי נפ"מ בין ס' קרוב לו או לה דהא אף בקרוב לה כיון דקנין ד"א אינו אלא מדרבנן ואינו מקודשת מדאורייתא ג"כ הדין הוא דחולצת ולא מתיבמת כיון דאינה מקודשת מדאורייתא בעי חליצה א"ו מוכח דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכן הביא הדברי משפט בסוף הספר שם ב' ראיות אלו מהא דיבמות ומהא דנדרים הנ"ל ועי' בספר הפלאות נדרים שם מ"ש בזה. וכן מוכח בירושלמי בפ"ג דפיאה דקנין דרבנן מהני לדאורייתא דאיתא התם פלוגתא דרב ור"י בנתן העבד לאחר במתנת שכ"מ אי יכול לחזור בו וקא' הכל מודים שאם רבו הראשון ישראל שאינו אוכל בתרומה שמא יבריא יעוש"ה. ומבואר דאי לאו האי חששא דשמא הי' אוכל בתרומה אף אם רבו הראשון ישראל נתנן רק במתנת שכ"מ לכהן ואף דעיקר מתנת שכ"מ דרבנן הוא. והא דקא' הגמ' ב"ב קמ"ז א' מנין למתנת שכ"מ שהוא מה"ת אינו אלא אסמכתא בעלמא וכמ"ש התוס' שם ד"ה מנין כו' וא"כ אמאי אוכל בתרומה

ושמא

וכתמה קא' הירושלמי דמשמע אף בתרומה דאורייתא א"ו מוכח דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכן ראיתי במנחת חינוך בסוף הספר בקונטרס קומץ מנחה מלוה ר"פ שהביא ראי' זו ועי"ש עוד באות ד' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה . ועי' בעמק יהושע שם שהביא ראי' מהירושלמי בפ"ד דמעשר שני גבי מערימין על מע"ש כן התקינו שיהא מזכה לו אחד מעשרה בקרקע כו' אע"ג דקנין אגב דרבנן ועוד הביא ראי' מהירושלמי שם כו' דקא' פתר לה בשיטות אפיטות כו' דקנין דרבנן מהני לדאורייתא כו' והאריך בזה יעוש"ה וכן מוכח מהא דפסחים ז' א' גבי המקדש משש שעות ולמעלה אפי' בחיטי קורדניתא אין חוששין לקידושין לפירש"י והתוס' והרא"ש שם וכן הוא באה"ע סימן כ"ח סעיף כ"א דבחמץ דאורייתא ושעות דרבנן או בחמץ דרבנן ושעות דאורייתא אינה מקודשת ועי' בב"ש שם בס"ק כ"ג שכ' כן הרי הזינן דאיסור דרבנן הוי דינו כדאורייתא וכן קאמר הגמ' התם בהדיא כיון דאיסורי דרבנן עלי' כדאורייתא דמי וכדר"ג ועי' בטור האבן שם מ"ש בזה על ד' המחבר שכ' דהוי ספק מקודשת וראיתי בטעם המלך בפ"ג מהל' מכירה שהביא בשם חכם אחד שכ' דבדין זה אזלינן לחומרא ולא לקולא דלחומרא אמרינן מדרבנן נעשה דאורייתא אבל לא לקולא והביא ראי' מד' התוס' בשבועות ל"א הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה . ולפ"ד אין סתירה מהא דגיטין כ"ה להא דב"ק ע"ב וחולין כ"ז הנ"ל אבל באמת ד' חכם הנ"ל המוהים דהא בסוכה גזולה הנ"ל חשבינן להם דרבנן לדאורייתא לקולא כיון דמדרבנן אין לו אלא דמי עצים וכן ראיתי במלא הרועים שם אות ז' שהשיג כן על החכם הנ"ל ועוד השיג עליו מסוטה כ"ד א' וגם דחה ראיתו מד' התוס' שבועות הנ"ל והאריך בזה :

והנה גבי חמץ כ' במקו"ח שם דאף אי נימא דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא מ"מ גבי חמץ דהוא רק נגד הביעור דמדאורייתא בביטול בעלמא סגי כו' א"כ אין קנין זה רק נגד ביעור שהוא מדרבנן מהני קנין דרבנן כגון אגב קרקע או סיטומתא עכ"ד . והאריך בזה וכן פ' בחידושים שם בס"ק א' אבל באמת דבריו תמוהים כיון דנמכר לא מהני הביטול דדמי לגזל ולא נתיאשו הבעלים דאמרינן בב"ק ס"ט א' דשניהם א"י להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שא"ב וה"ה דא"י להפקירו וכמבואר בב"ק שם וביטול הוא מטעם הפקר וא"כ חמץ שנמכר לא"י הרי הוא ברשות א"י ולא מהני ביטול בכה"ג . וכן ראיתי בשם ארי' שם שהשיג כן על המקו"ח הנ"ל והאריך בזה ואף דס"ל להב"ח בתשובה סימן קכ"ד דיכול להפקיר דבר שא"ב אך הקצה"ח לקמן בסימן רי"א ס"ק ד' ובמים חיים חאו"ח סי' ו' השיגו על הב"ח וכ"כ הנתיבות גופי' שם בס"ק א' דבזמן שהדבר א"ב אינו חל ההפקר . ועי"ש עוד במים חיים בסי' ה' מה שהשיג על הט"ז מהדו"ק חאו"ח סימן י"ט בענין זה והאריך בזה והט"ז ס"ל כהב"ח הנ"ל ועי' בפרמ"ג באו"ח סימן תמ"ו באשל אברהם שהביא ד' הב"ח הנ"ל וס"ל נמי הכי אבל באמת העיקר להלכה כהקצה"ח והנתיבות והמים חיים הנ"ל . ושוב ראיתי בתשובות בית אפרים החו"מ סימן ח' שהשיג על המקו"ח הנ"ל והאריך בזה ועי' בחת"ס סופר חאו"ח סימן קי"ז מ"ש בזה ועי' בשאילות שמואל שם ובפרת יוסף שם וברמ"ץ חאו"ח סימן כ"ה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה. ולפ"ד יש ליישב ד' המקו"ח הנ"ל . אך לענין לולב ואתרוג שנוהגים האידנא שקונים אתרוג במלוה והדמים פורעים לאחר החג וכל כמה שלא נתן את הדמים לא קני רק מדרבנן דהא משיכה אינו קונה רק מדרבנן ואנן בעינן לכם שיהא לכם מדאורייתא וזה תליא אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא וכמ"ש במח"א שם וכן לגבי בכור אי מהני ע"י קנין אגב תליא בזה אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא ויש בזה סתירות בש"ס וכמ"ש לעיל. ועוד סתרי בזה ד' המחבר אהדדי דבאה"ע סימן כ"ח סעיף י"ג ס"ל להב"י דבמע"ש הוי קידושי דאורייתא והשיג על הרבינו ירוחם ובאו"ח סימן תרכ"ח סעיף א' הביא דיעה א' בהא דקטן אינו מקנה לאחרים מה"ת דמשמע דאע"ג דבעלמא מקני מדרבנן לא מהני מידי דרבנן לדחות דינא דאורייתא אלמא דאזלינן בתר דינא דאורייתא ולא בתר תקנתא דרבנן וכן הק' בארעא דרבנן במערכת אות מ' סי' ת"א בעפרא דארעא שם והאריך בזה וכן הק' בברכי יוסף באו"ח שם ואינו כעת ת"י . והנה בטור האבן שם כ' לחלק בין אם חל דאורייתא ודרבנן ביחד ובין אם חל דרבנן תחלה דהיכא דחל ביחד אז דרבנן נדחה מפני דאורייתא אבל כשדרבנן חל מתחלה אז גזירה דרבנן מהני אף לדאורייתא והביא ראי' מפסחים ל"ב והאריך הרבה בזה ובסימן ט' שם יעוש"ה ולפ"ד ניחא הסיא דב"ק ע"א גבי מעשה שבת וגבי הסיא דחולין בעזה"ה והסיא דחולין כ"ז ב' גבי כיסוי דהתם הוי דאורייתא ודרבנן באין ביחד ומש"ה אזלינן בתר דאורייתא אבל בכל הני דלעיל דרבנן חל תחלה מש"ה אזלינן בתר דרבנן :

אך עדיין אינו מיושב הסתירה מהא דאה"ע להא דאו"ח הנ"ל אך י"ל לפמ"ש בחת"ס סופר שם בסימן הנ"ל דקנין סיטומתא הוא קנין דאורייתא ממש כו' משום דכל שנהגינו הסוחרים הנ"ל כאלו התנו וכל תנאי שבממון קיים מה"ת כו' והביא בשם תשובה המיוחסת להרמב"ן סימן רכ"ה שכ' דהסוגיא דבכורות איירי באתרא דלא נהיגי במשיכה אבל היכא דנהיגי במשיכה פוטר מבכורה מטעם סיטומתא עכ"ד . והשיג על הנתיבות בסימן ר"א שכ' דקנין סיטומתא אינו אלא מדרבנן והאריך בזה וכ"כ עוד החת"ס סופר שם בסימן ס"ח והאריך בזה יעוש"ה . ועי' בהגהות חכמת שלמה בסימן קכ"ג שהביא ראי' דמנהג הסוחרים קונה מה"ת מהא דכתיב גבי קנין חליפין וזאת לפנים בישראל כו' וכ' דקנין מכח מנהג הסוחרים אין חילוק בין ישראל לעובד כוכבים והביא ראי' מזה לר"ת דחליפין מועיל בעובד כוכבים . ושוב ראיתי בחת"ס סופר חחו"מ סימן י"ב שכ' נמי כן דקנין סיטומתא הוי קנין דאורייתא לענין חמץ ובכור וקידושי אשה והביא תשובה המיוחסת הנ"ל . ולפ"ד ניחא קושי' הנ"ל דהע"ג דס"ל להמחבר בא"ות הנ"ל דגבי אתרוג אזלינן בתר דאורייתא אפי"ה ס"ל גבי מעמ"ש באה"ע הנ"ל דהוי קידושי דאורייתא לפמ"ש התוס' בגיטין י"ד א' ד"ה כהלכתא כו' והרא"ש שם בסימן י"ז דחז"ל עשו תיקון זה שאין בו טעם משום תקנת השוק דמי שקונה סחורה ואין בידו מעות מעמיד אצל בע"ח כו' ועי' לעיל בסימן קכ"ו בסמ"ע ס"ק ג' ובש"ך ס"ק ז' וס"ק י"א וא"כ הוי קנין מעמ"ש מכח מנהג הסוחרים כיון שנתקן מכח זה והוי קנין דאורייתא לפ"ד החת"ס סופר והחכמת שלמה הנ"ל ומש"ה כ"ל להמחבר גבי מעמ"ש דהוי קידושי דאורייתא ומיושב שפיר קושי' הברכי יוסף והעפרא דארעא הנ"ל . וכן ראיתי בשם ארי' חיו"ד סימן מ"ח שכ' ליישב קושי' הפ"י בקידושין מ"ח על הרמב"ן דפ' הספינה הנ"ל שהוכיח דמכירת שטרות דאורייתא מקידושין שם עפ"ד החת"ס סופר הנ"ל כו' וכ' שם דעל פי זה ניחא מנהגינו שמוכרים חמץ בקנין אגב ואף דלדעת התוס' והרא"ש קנין אגב דרבנן כו' אך עכשיו לדידן שכולם מוכרים בקנין אגב הוי עכ"פ מנהג שנהגו הסוחרים כן וקונה מה"ת מצד מנהג עכ"ד . והמקו"ח הנ"ל אזיל לשיטתו דס"ל בנתיבות הנ"ל דקנין סיטומתא לא הוי אלא קנין דרבנן . וכן ראיתי בתשובות רמ"א סימן פ"ז דס"ל דמנהג הסוחרים לא הוי רק קנין דרבנן יעוש"ה ועי' בספר נחל יצחק חאו"ח סימן כ"ב מ"ש בזה אבל לפ"ד החת"ס סופר הנ"ל שפיר ניחא במכירת חמץ ע"י קנין סיטומתא או ע"י קנין אגב וכנ"ל . אך השם ארי' שם השיג אח"כ על החת"ס סופר הנ"ל וכ' עליו דמ"ש דה"ל כאלו התנו כו' הוא תמוה דהאיך אדם יכול להתנות שיהי' קנין מה שאינו קנין מה"ת וכל תנאי שבממון קיים הוא רק כשמחייב א"ע באיזה דבר מחויב הוא לקיים כו' וכ"כ להדיא הריטב"א הובא בש"ך בסימן קל"ח כו' שאין קונין מן הקניינים אע"פ שפי' המוכר והלוקח שיקנה בו אינו קונה כו' ומ"ש הח"ס היכן מלינו שנימנו על ככה כו' הדבר פשוט שהוא בכלל מה שאמרו בכל הענינים הכל כמנהג המדינה כו' דמנהג עוקר הלכה עכ"ד והאריך בזה

ועי"ש

ועי"ש עוד בסימן מ"ז שהשיג נמי על הח"ס הנ"ל והאריך בזה:

אבל באמת אף שד' החת"ס סופר הנ"ל יש לדחות כמ"ש השם ארי' אבל לפמ"ש החכמת שלמה הנ"ל מוכח מקרא דוזאת לפנים בישראל דמנהג הסוחרים הוי קנין מה"ת וא"כ שפיר יש ליישב ד' המחבר הנ"ל כמ"ש ולהשם ארי' הנ"ל יש ליישב קושי' הברכי יוסף והעפרא דארעא הנ"ל כמו שתי' בקהלת יעקב באה"ע סימן כ"ח שם ובספר אמרי בינה בדיני יו"ט סי' כ"א אות ח' יעוש"ה. ועי"ש עוד בשם ארי' מ"ש על ד' המח"א הנ"ל בענין אתרוג מה שפורעים המעות לאחר זמן כו' משום דכיון דאין כסף עכשיו רק לאחר זמן דמי למתנה דקונה במשיכה לדעת התוס' ולדעת הרמב"ן דס"ל דאף היכא דליכא כסף לא קנה במשיכה מ"מ הרי כ' דאלרו מהני ומכ"ש כשמקבלו דעדיף מאלרו בודאי מהני אף מדאורייתא עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה ועי' ברדב"ז סימן תקנ"ג שכ' וז"ל. כמה דברים תקנו רבנן וכייפינן עלייהו דהא דינא דגרמי לא מחייב אלא מדרבנן ומגבינן בי' כבשורא לגלמי ומעמ"ש לא קני אלא מדרבנן ומוליאין בדיינים ובעובדא דאיסור גיורא ורבא וכן מכירת שטרות לדעת הרי"ף והרמב"ם ורוב המפרשים הוי מד"ס וגובין בו וכן קנין משיכה אינה אלא מדרבנן דמה"ת מעות קונות ועקרו רבנן קנין המעות והעמידו אותו על משיכה ואם משך המוכר ותקף מוליאין ממנו בדיינים כו' ואמאי לימא לא קנאה אלא מדרבנן כו' א"ו אלמוה רבנן כו'. וכן כתובת אשה שהיא מדרבנן היכי נחתינן לנכסי וכן כל קנין סודר משמע שהוא מדרבנן ומתורת אליפין דהא מדברי קבלה ילפינן להו כו' כי כל הדברים אשר תקנו רבנן דלהוי להו קנין אית להו דינא דאורייתא דעל סמך זה נושאים ונותנים לא גרע ממנהג דאמר רשב"ג מנהג מבטל הלכה כו'. אבל גבי גזל וגניבה ורבית שעשו רבנן חיזוק לשל תורה ל"ש ה"ט דמי שגונב או גוזל או מלוה ברבית לאו אדעתייהו דרבנן קאעביד אלא אדרבא עובר על דבריהם עכ"ל והובא דבריו בדברי חיים בסי' הנ"ל ובעמק יהושע בסי' הנ"ל הרי מוכח להדיא מדבריו דס"ל דקנין דרבנן שתקנו גבי ממון מהני לדאורייתא וכן פי' בעמק יהושע שם כהרדב"ז ופי' מפ"ז גבי אתרוג כיון שהקטן מקנה לו ע"י קנין הפעוטות אליס כמו דאורייתא ויכול לצאת בו. אך השיג שם על הרדב"ז במ"ש דקנין חליפין הוי קנין דרבנן מקידושין ג' א' ח' א' ומגיטין ל"ט יעוש"ה ומד' הרדב"ז אלו מוכח כהחת"ס סופר הנ"ל דהרי כ' דקנין שתקנו רבנן אית להו דינא דאורייתא דעל סמך זה נושאים ונותנים וה"ה קנין סיטומתא וכהחת"ס סופר הנ"ל וגם מוכח מד' הרדב"ז הנ"ל דאודיתא הוי קנין ואלים כדאורייתא ומהני גבי חמץ ודלא כהמקו"ח שם דס"ל דלא מהני קנין אודיתא גבי חמץ אלא כהקלה"ח כאן בס"ק ד' שכ' דאודיתא הוי קנין ומהני גבי חמץ אך לא מטעמי' שכ' דאודיתא לא הוי רק קנין דרבנן רק דמהני גבי חמץ משום דמדאורייתא סגי בביטול כו' וא"כ נ' דסגי לה באודיתא עכ"ד. והיינו כהמקו"ח הנ"ל שכ' דמש"ה מהני קנין אגב וסיטומתא גבי חמץ והקלה"ח כ"כ נמי גבי אודיתא וכבר כתבתי מה שיש להקשות על המקו"ח הנ"ל וזה נמי קשה על הקלה"ח אך מד' הרדב"ז הנ"ל מוכח דס"ל דאודיתא הוי קנין דאורייתא ומהני גבי חמץ וה"ה נמי קנין אגב וסיטומתא אלים כדאורייתא ומהני שפיר גבי חמץ והיינו כהחת"ס סופר וכהשם ארי' הנ"ל שכ' דלפ"ד ה"ה נמי גבי קנין אגב כן ועי' בחת"ס סופר שם שכ' דהתוס' בב"מ מ"ו הנ"ל ס"ל דאודיתא הוי קנין דאורייתא. ועי' בברית אברהם חאה"ע סי' ע' אות כ' דס"ל נמי דאודיתא הוי קנין דאורייתא ועי' במגן האלף שם בסימן המ"ח ס"ק ה' מה שהשיג על המקו"ח והקלה"ח הנ"ל והאריך בזה ומסיק דאודיתא מהני בחמץ ועי"ש עוד מ"ש על המקו"ח הנ"ל וכ' דקנין דרבנן מהני שפיר גבי חמץ ולולב והאריך בזה ומד' הרדב"ז הנ"ל דס"ל דה"ה לענין בכור נמי מהני קנין דרבנן ואלים כדאורייתא:

ועי' בשעה"מ בפ"ח מהל' לולב הל' א' שכ' להסתפק ברא דקיי"ל בד' מינים שבלולב אם הי' אחד מהם גזל פסול אם הי' זה גזל מדבריהם כגון מציאת חש"ו דיש בהם גזל מפני ד"ש אם יוצא י"ח כו' וכ' דאינו יוצא בזה משום דהוי מצוה הבאה בעבירה כו' ועי' בעמק יהושע סימן י"ב שכ' דאפילו אינו מחויב רק לצי"ש נמי לא הוי לכם כיון דמחויב להחזיר והאריך בזה וכ' דנפ"מ לענין מרור כו'. ועי' באמרי בינה מ"ש בדין זה עפ"ד הרדב"ז הנ"ל והאריך בזה ומד' הרדב"ז הנ"ל מוכח דבדינא דגרמי יש חיוב שבועה דאורייתא אם הוא מודה מקצת דאלים כדאורייתא ודלא כהש"ך לקמן בסי' שפ"ו ס"ק י' ובסי' שפ"ח ס"ק ל' שכ' דבדד"ג ליכא ש"ד דלא כדבריו אלא דיש חיוב ש"ד וכ"כ הקלה"ח שם בסימן שפ"ו ס"ק ד' ובסימן פ"ז ס"ק ל"ב דיש חיוב ש"ד בדד"ג והשיג על הש"ך מה שהביא ראי' מהס"ש והאריך בזה ופי' כן אך לא הביא ד' הרדב"ז הנ"ל. וכן פי' בטור האבן שם בסימן הנ"ל ובסימן ט' דבדד"ג יש חיוב ש"ד והשיג על הש"ך והאריך בזה אך הוא נמי לא הביא ד' הרדב"ז הנ"ל ועי' בס' נחל יצחק בסימן פ"ח ס"ק ה' מ"ש והאריך בזה ועי' לעיל בסימן כ"ח ס"ק י"ג מ"ש ליישב בזה קושי' הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ג על הרמב"ם בדין עדות שבשטר והארכתי בזה יעוש"ה. ובעיקר ענין זה אי מהני קנין דרבנן לדאורייתא עי' בקהלת יעקב מהרי"ט אלגזי שם ובארעא דרבנן שם ובמערכת אות א' סימן ו' וסימן ל"ט ובסימן תרל"ו ובהשמטות סימן ע"ח וסי' ק"נ ובמשל"מ בפ"ז מהל' תרומות הל' ה' ובפ"א מהל' נערה בתולה הל' ה' ובפ"ב מהל' תמידין ומוספין הל' ב' ובמקו"ח שם ובמגן האלף שם ובישועות יעקב שם ובקהלת יעקב באה"ע שם ובאבני מלואים ובסי' ל' ס"ק ה' ובקלה"ח בסימן רל"ה ובנתיבות שם ובתשובות רע"א שם ובדברי משפט שם ובסוף הס' שם ובבית אפרים שם ובסימן ס"א ובטור האבן שם ובפר"ח באו"ח סי' תל"ד ובברכי יוסף שם סי' תכ"ה ובחו"מ סימן מ' ובשעה"מ שם ובפ"ג מהל' מכירה הל' ח' ובטעם המלך שם ובמלא הרועים שם ובחת"ס סופר חיו"ד מסימן ש"י עד סימן ש"ט ובחחו"מ סימן י"ב ובשעהמ"ש לקמן בסי' רל"ד ס"ק א' ובבנין עולם שם ובשם ארי' שם וברמ"ן שם ובשאילות שמואל שם ובחידושי הרי"מ שם ובעמק יהושע שם ובנחלת יעקב מהגאון מליסא בב"מ ח' ב' ד"ה השתא כו' בהג"ה שם אות ג' ובברית אברהם חחו"מ סימן י' ובדברי חיים שם ובס' זכר ישעי' בח' התשובות סי' י"ב ובעלי לבונה ביו"ד סימן קל"ב ובסי' ש"ך ובספרו מעין גנים באו"ח סי' תמ"ח ובחו"מ סימן קל"ד וסימן קל"ח ובאה"ע סימן כ"ח וסימן ל' ובמים חיים חאה"ע סימן ל"ד ובאמרי בינה שם ובפרת יוסף שם ובחידושי מהרש"ם ובספר מנחת הבקר בב"מ י"א ב' מ"ו א' ובבגדי ישע חאו"ח סימן א' ב' ג' ד' ובסימן ז' ח' ובבית יהודא בסימן שפ"ו ובספר ארץ לבי חאו"ח סימן ס"ג כ"ו ל"ב ובחיו"ד סימן כ"ב ובספר עונג יו"ט חאו"ח סי' כ"ה ובספר בית הלוי ח"א סי' ובס' מהר"ן יפה סי' כ"א ובס' דברי שאול בדרוש לשבת תשובה ובספר ארצות החיים סימן י"א בארץ יהודא ס"ק ט' ובס' חקרי הלכות סימן א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן קצה

סעיף א (א) **בקנין** כיצד כו'. עי' בקלה"ח בס"ק א' מ"ש בענין עובד כוכבים אי קונה בחליפין והאריך בזה ועי' לעיל בסימן קכ"ג ס"ק ג' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

(ב) **ולא** כתב שטר. עי' בתשובות מהריב"ל ח"א סימן פ' שכ' להסתפק אי מהני ק"ס אף באחרא דכתבי שטרא כו' והובא דבריו בבאר היטב לעיל בסימן ק"ל ס"ק א' והביא

והביא שם כמה פוסקים שחקרו בדין זה ועי' בפ"ת שם בס"ק א' וס"ק ה' מ"ש בזה ובאמת מבואר להדיא בתוס' יבמות ל"ג א' ד"ה קנוי' לך דבקנין סודר קונה אף באתרא דכתבי שטרא שכ' וז"ל דהכא אילטריך מעכשיו משום קנין שדה בחליפין או בשטר ובחזקה דבכסף אין קונה במקום שכותבין שטר עכ"ל. הרי להדיא דס"ל להתוס' דחליפין קונה במקום שכותבין את השטר וכן ראיתי במנחת חינוך מלוה של"ו אות א' שהביא ד' התוס' אלו ותמה על מהריב"ל והפוס' הנ"ל דאמאי לא הביאו ד' התוספות אלו יעוש"ה:

סעיף ג (ג) **בהג"ה** היינו במתנה. עי' בנתיבות בס"ק א' שכ' לחלק בין אמר זכי אז המוכר א"י לחזור ובין אמר שיעשה קנין שמוכר לו אז גם המוכר יכול לחזור בו כו' והאריך בזה ודבריו תמוהין דהא בקטן שקנה מבואר ג"כ בסימן רל"ה דהמוכר לא יוכל לחזור ושם לא אמר זכה. וכן ראיתי בספר תפארת יוסף חאו"ח סימן י"ט שהק' כן על הנתיבות וכ' שם ליישב קושי' הנתיבות בטוב והאריך בזה ועי' בדברי משפט בס"ק א' מ"ש ליישב קושי' הנתיבות ועי' בדברי חיים בסימן ה' מ"ש והאריך בזה ועי' בחידושי הרמ"ז מהגאון בעל מראות הצובאות בחידושיו על הרי"ף בעירובין פ"א ב' ובנודע בשערים ח"א סימן ע' ובברית אברהם חאה"ע סי' ק"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ד (ד) **בהג"ה** כלי באול לו כו' עי' במח"א הל' קנין חליפין סימן א' ובדברי אמת בקונטרס קניינין ובגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף ז (ה) **לחזור** בו לאחר כ"ד. ומשמע דבתוך כ"ד יכול לחזור וכ"כ בב"י להדיא דלענין הלכה ד' בעל דין החולק בטל גבי' כל הגך רבוותא שכתבתי בסמוך דס"ל דבשאר קניינים יכול לחזור בו תכ"ד עכ"ד. ועי' בהמקנה בקו"א הל' קידושין סימן כ"ז סעיף ג' בהג"ה בד"ה ובמקום כו' שכ' וז"ל וכ' אם נתן לה כתם ומיד תוך כ"ד אמר לה הרי את מקודשת ל"א בזה תכ"ד כדבור דאם נתן לה לשום מתנה א"י בו דלא מלינו בשום מקום במוכר או נותן לחבירו וקנה במשיכה או בקנין שיכול לחזור בו בתכ"ד ואדרבא מלינו גבי הקדש שא"ל בו תכ"ד כדאיתא בתמורה משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי משמע להדיא דלאחר מסירה להדיוט א"ל אפילו תכ"ד כו' משום דלא אתי דבור ומבטל מעשה כו' כיון דמקדש ומגרש קי"ל דבעינן דבור עם המעשה כו'. אבל במכר ומתנה דא"ל אמירה פשיטא דא"ל אחר המשיכה אפילו תכ"ד עכ"ד וכ"כ הט"ז באה"ע סימן ל"א סעיף ב' וז"ל משמע מזה הנותן מתנה לחבירו ואמר הגני נותן לך מתנה זו ונתנה לו ואח"כ אמר איזה תנאי במתנה לא מהני אפילו אם הוא תכ"ד אין בתנאי זה כלום כו': וכ"ל ראי' להטור מהא דאמרינן בפ"ק דמליעא המגבי' מליאה לחבירו ואמר אני זכיתי בה תחלה דאמרינן שם תחלה דסיפא ל"ל כו' והרי אינו בידו ואי ס"ד דתכ"ד מהני אפילו אחר הנתינה לא הי' כאן מקשה כלום דודאי היינו או' שרולה לזכות אחר הנתינה דהיינו תכ"ד כו' א"ו דגם זה הוא פשוט דלא מהני אפי' תכ"ד כיון שכבר מסורה בידו וה"נ כך הוא עכ"ד. והביא הב"ש שם ס"ק ב' ד' הט"ז אלו וכ"כ הט"ז לקמן בסימן רמ"ט והיינו דס"ל להט"ז כהמקנה הנ"ל דבמתנה א"ל תכ"ד ועי' בקצה"ח בס"ק ז' שתמה על הט"ז דאיך נעלם ממנו כל הגך פוסקים בטור וש"ע כאן דתכ"ד מהני חזרה וכן מבואר ברא"ש בפ' י"נ כו' הא תכ"ד יש חזרה אפילו בהגבהה כו' והביא ד' הב"י הנ"ל ודחה ראי' של הט"ז ועי' באבני מלואים בסימן כ"ז ס"ק ט' שהשיג נמי כן על המקנה מד' המחבר הנ"ל ועי"ש עוד בסימן ל"א ס"ק ב' מה שהשיג על הט"ז הנ"ל והאריך בזה וכן ראיתי בבית מאיר שם שהשיג על הט"ז מד' המחבר הנ"ל והאריך בזה וכן השיג הגאון רע"א בתשובה בסימן ל"ז על המקנה מד' הרא"ש והב"י הנ"ל וכן ראיתי בשיב קידושין בסי' כ"ז ס"ק י"ט ובסי' ל' ס"ק י"א שהשיג על המקנה מד' המחבר הנ"ל וגם השיג עליו על מה דפשיטא לי' דבהקדש א"ל תכ"ד והאריך בזה. אבל באמת המקנה בסי' ל"א סעיף ב' בעצמו הרגיש בזה וכ' דהא דמשמע מדברי המחבר הנ"ל דיכול לחזור תכ"ד היינו דוקא לענין כסף ואג"ק אבל לא לענין משיכה יעוש"ה ולא ראו ד' המקנה אלו וכ"כ בתשובות ושב הכהן סימן י"ט דדוקא בכסף ושטר וחזקה אבל במשיכה ומסירה והגבהה אפילו תכ"ד א"ל והביא ראי' מהא דהקדש דא"ל בתכ"ד עכ"ד והובא דבריו בפ"ת ס"ק ו' והיינו כהמקנה הנ"ל ועי' עוד בהמקנה בסימן כ"ט סעיף ב' ובסימן ל"א ספי' ל"ד ובסימן מ"ט סעיף ב' מ"ש והאריך בזה ועי' בחת"ם סופר חאו"ח סימן קט"ז ובאה"ע ח"א סימן ל"א ובדברי חיים בדיני מכירה סימן ו' ובס' ליוני ח"א בחידושיו על מסכת נזיר י"א א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ועי' בשימקו"ב ב"מ ס"ו א' מה שהביא בשם הריטב"א ודבריו צ"ע וכן תמה בהגהות אמרי ברוך כאן ובאה"ע סי' ל"א סעי' ב':

(ו) **לאחר** כ"ד. עי' בחידושי הרמב"ן ב"ב קי"ד ב' ד"ה והלכתא כו' שהביא דעת ר"ת בס' הישר דה"ה במשיכה ושאר קניינים יכול לחזור כ"ז שעסוקין באותו ענין והשיג עליו יעוש"ה:

סעיף יא (ז) **אע"פ** שעשו עבירה. עי' בקצה"ח בס"ק ט' שהק' דהא אין שליח לד"ע כו' ותירץ דסודר שנותנים העדים לאו בתורת שליחות מן הקונה הוא כו' אלא היינו מדין עבד כנעני כו' והאריך בזה ובאמת זהו דעת מהרי"ט ח"ב חו"מ סימן כ"א דסודר שנותנים העדים הוא מדין עבד כנעני כו' אך הביא שם דעת החולקים עליו. וכן הוא דעת מהרא"ן חיים ח"ב סימן ב' כדעת החולקים על המהרי"ט והובא דבריו בדברי אמת בקונטרס קניינים סימן א' והאריך הרבה בזה יעוש"ה ולא הביא הקצה"ח דבריהם כלל ועי' בדברי חיים בדיני מכירה סימן א' מה שהק' על הקצה"ח מד' התוס' בקידושין ג' א' ד"ה ואשה כו' והאריך בזה ומיישב קושי' הקצה"ח הנ"ל ועי"ש במהרי"ט ובדברי אמת שהביאו ד' התוס' דקידושין הנ"ל והרגישו בזה יעוש"ה:

סימן קצו

סעיף א (א) **ונקנה** ג"כ במשיכה. עי' בנתיבות ס"ק א' שתמה על הפ"י בקידושין כ"ב ב' כו' מהא דמבואר בסימן ר"ב גבי עליך נקוב כו' וכבר קדמו בקושי' זו בהמקנה שם ועי' במנחת חינוך מלוה של"ו מ"ש בזה ועי' עוד בנתיבות שהשיג על הפ"י שם וכ' דאף במקום דל"ש הטעם דנשרפו חיטיך מ"מ לא עקרו רבנן קנין משיכה ולא פלוג רבנן כו' לעולם לא בטל עכ"ד ועי' במנחת חינוך שם שהשיג עליו מד' הרמב"ם והחינוך שם שכ' דהיכא דל"ש גזירה לא תקנו משיכה והאריך בזה יעוש"ה:

(ב) **או** בשטר. עי' בנתיבות בחידושים בס"ק ב' שכתב דבלוקח מעובד כוכבים לא מהני שטר וכן מבואר להדיא בתוס' בבכורות י"ג א' ד"ה מהאחוזה דבעובד כוכבים לא מהני שטר וכן מבואר לעיל בסימן קל"ד סעיף א' דעובד כוכבים אינו קונה קרקע אלא בשטר עם נתינת הכסף וכן ישראל הקונה מעובד כוכבים ועי' בתוס' בקידושין י"ד ב' ד"ה הואיל מ"ש בזה יעוש"ה אך ביו"ד סימן רכ"ז סעיף כ"ג פ' המחבר דעבד כנעני נקנה בכסף או בשטר או בחזקה בין קנאו מעובד כוכבים בין קנאו מישראל הרי להדיא דלא כהנתיבות. וכן ראיתי בהגהות חכמת שלמה שהשיג על הנתיבות מד' המחבר אלו וכ' שיש ט"ס בד' הנתיבות וצ"ל דאינו נקנה אלא בשטר כו' אבל באמת מד' התוספות והמחבר בסי' קל"ד הנ"ל מבואר להדיא דלא כהמחבר ביו"ד הנ"ל וכן ראיתי בחידושי רע"א

רע"א ביו"ד שם ובגליון מהרש"א שם שהשיגו על המחבר מדברי התוס' הנ"ל. ועי' בהמקנה בקידושין כ"ב ב' ד"ה תנא כו' שהק' מהא דסימן קל"ד הנ"ל ועי' במנחת חינוך מצוה של"ו ובמצוה שמ"ז שכ' נמי כן דישראל הקונה מעובד כוכבים אינו קונה בשטר והיינו כהנתיבות הנ"ל וכן כ' עיקר לדינא ועי' בס' פרת יוסף סימן ע"ו מ"ש והאריך בזה ועי' בכנה"ג שכ' דאף במקום שכותבין את השטר קני גבי עבד בכסף לבד כו' והובא דבריו בברכי יוסף ביו"ד שם יעוש"ה :

סימן קצז

סעיף ג (א) **או** שרכב עלי' כו'. עי' בנתיבות בס"ק א' ובספרו נחלת יעקב בב"מ ה' ב' ובהג"ה שם ובמעיני החכמה בב"מ שם ובספר מנחת הבקר שם ובספר טור האבן בסימן כ' ובתשובות ר' משולם איגרא הנדפס מחדש מחו"מ מסימן כ"ח עד סימן ל"ג מ"ש ליישב ד' הרמב"ם והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ז (ב) **לאחר** ל' יום כו'. עי' בקצה"ח בס"ק ג' ובנתיבות בס"ק ד' ה' ובדברי משפט בס"ק א' ובדברי חיים בדיני מכירה סימן ז' ובספר דברי שאול בדרוש לשבת הגדול בפסחים ה' ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן קצח

סעיף א (א) **דבר** תורה כו'. עי' בתוס' ע"ז ע"א א' ד"ה פרדשני שכ' דבמציאה ומתנה דליכא כספא כ"ע מודו דקני במשיכה או בהגבהה וכ"כ בשיטמקו"ב בב"מ מ"ז ב' בשם הריטב"א כד' התוס' אלו אך הביא שם בשם הרמב"ן שכ' דגם במתנה אינו נקנה אלא בחליפין או בחצירו או באגב יעוש"ה ועי' בנתיבות בס"ק א' שכ' וז"ל ר' דמה"ת כיון דאיכא מעות אינו קונה רק במעות אבל במקום דליכא מעות משיכה הוא דבר תורה כו' משיכה קונה עכ"ד. הנה הוא כ' כן מסברת עצמו ולא הביא ד' התוס' והריטב"א הנ"ל שכ' בהדיא כן ודברי הרמב"ן הנ"ל שחולק בזה ועי' בקצה"ח בס"ק א' שהקשה על הרמב"ן דכיון דחצירו אינו אלא מטעם יד או מתורת שליחות וכיון דידו ממש אינו קונה לו למ"ד מעות קונה מאי עדיפא חצר וכן למ"ד משום שליחות נמי מודה היכא דל"ש בו ידו דלא מהני חצר עכקוש"י והניח בצ"ע. והנה לפ"ד הקצה"ח יש להקשות על הרמב"ן הנ"ל מד' הגמרא בע"ז ע"א ב' דמסיק דמשיכה בעובד כוכבים קונה דאי אמרת אינו קונה אמאי נהרג דהא לא קניא ולד' הרמב"ן הנ"ל דלמא מיירי שהכניס גזילו לחצירו אלא ע"כ אם אין משיכה קונה אף חצרו אינו קונה וא"כ מוכח מד' הגמרא אלו דלא כהרמב"ן לפ"ד הקצה"ח הנ"ל. אבל באמת לק"מ דהא כ' הרמב"ן בחידושיו לב"ב ע"ט א' ד"ה והא כו' וז"ל וי"ל אי נמי קני לי' אין מעילה בזכייתה עכ"ל והובא דבריו בקצה"ח לקמן בסי' ר' ס"ק א' הרי דס"ל להרמב"ן דאף דאין יד להקדש אפ"ה יש חצר להקדש וא"כ י"ל דס"ל להרמב"ן דחצר משום שליחות ומש"ה ס"ל דחצר קונה במתנה דאף דלא שייך בי' יד לר' יוחנן אפ"ה מהני חצר לפ"ד הרמב"ן הנ"ל אלא אפילו לפ"ד הקצה"ח בסימן ר' שם דס"ל דלא כהרמב"ן אלא דאף למ"ד חצר משום שליחות מודה היכא דל"ש בי' ידו לא מהני חצר והאריך בזה מ"מ ל"ק קושי' הקצה"ח הנ"ל די"ל דס"ל להרמב"ן דאף ר"י מודה דקנין יד מועיל תמיד מה"ת וכמ"ש התוס' בכתובות ל"א ב' ד"ה רב אשי דא"ל שום ראיה להביא דקניא לי' ידו דפשיטא דונתן בידה אמר רחמנא עכ"ל. ועי"ש עוד ל"א א' בתוספות ד"ה דאי בעיא יעוש"ה רק הגבהה דהוא מוגבה בכחו או משיכה ומסירה אין קונים מה"ת אבל ידו ממש קני מה"ת א"כ חצר מטעם ידו או שליח היינו יד השליח א"כ קנה בזה דידו קונה תמיד וכ"כ בדברי חיים בדיני מכירה סימן י' ובמנחת חינוך מצוה של"ו ליישב כן קושי' הקצה"ח הנ"ל והביא הד"ח שם ד' התוספות בכתובות הנ"ל וכ' הוכחה לזה דאל"כ לר"י איך משכחת דמעות קונה ואיך זכה המוכר בהמעות דהא משיכת המוכר לא מהני בהמעות לפ"ד הרמב"ן הנ"ל וכיון דא"ק את המעות במאי קנה הלוקח את החפץ א"ו דכשלקחה בידו לגמרי דודאי דידו קונה לו ושפיר כ' הרמב"ן דחצר ג"כ קונה דכיון דכשמונח בידו לגמרי נקנה לו ממילא חצר ג"כ קונה והא דס"ל לר"י דמשיכה א"ק מד"ת היינו במשך לבד ואינו מונח בידו עכ"ד ומיישב בזה הקושי' מהא דע"ז הנ"ל והאריך בזה :

וכן ראיתי במהרי"ט אלגזי ברפ"ב דבכורות אות י"ז שכ"כ ליישב ד' הרמב"ן הנ"ל וכ' דגם רש"י שם ד"ה כלל כו' ס"ל נמי כן והאריך בזה ועי' בספר באר יצחק חיו"ד סימן כ"ג שכ' נמי כן ליישב קושי' הקצה"ח הנ"ל והאריך בזה וכבר קדמו בזה במהרי"ט אלגזי והדברי חיים והמנחת חינוך הנ"ל ועי' בהמקנה בקידושין כ"ב ב' ד"ה אמר כו' מ"ש בזה. ועי' בחידושי הרי"ם בס"ק ב' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח הנ"ל והאריך בזה. שוב ראיתי בחת"ם סופר חיו"ד סי' ש"י שכ' ליישב קושי' הקצה"ח הנ"ל דודאי קודם מ"ת היה עיקר הקנין ע"י רשותו דהלוקח לקח המקח לתוך ביתו ורשותו ובזה היה נגמר הקנין כו' וכן במתנה ומציאה אי לקח הדבר הנקנה לביתו ממש פשיטא שהרי הוא שלו רק שנתנה תורה ונתחדשה הלכה קניינים מחודשים כו' וע"ז יפה כ' הרמב"ן דלמ"ד ד"ת מעות קונות בישראל ולא נאמר משיכה כו' א"כ מנ"ל שיקנה או מציאה בכה"ג אם לא בחצירו ממש ולא מטעם חצר שנתרבה מטעם יד או שליחות אלא מטעם גמור כו' כמו קודם מ"ת עכ"ד. וכ' דזהו כונת הרמב"ם בפי' המשנה בגיטין נ"ט א' וכ' דזהו כונת הש"ג שהובא במחצית השקל באו"ח סימן תמ"ח דס"ל דכל חצר בעובד כוכבים אינו קונה מטעם אגב דאין אגב קונה בעובד כוכבים אלא מטעם חצירו ממש כו' והאריך בזה ודבריו נכונים וכ"כ בחת"ם סופר בחידושיו לע"ז ע"א א' והאריך בזה ועי' במעיני החכמה במה"ב בב"מ מ"ז ב' ד"ה אמר ר"י מ"ש בזה :

(ב) **שלא** יקנו המטלטלין. עי' בסמ"ע ס"ק ג' שכ' דאם קידש המוכר אשה במעות שקבל מן הלוקח שהיא מקודשת דלאומדנא לא עקרו בתקנתן ד"ת עכ"ד עי' לעיל בסי' קל"ד ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ב (ג) **ג'** טפחים כו' עי' בספר שאילות שמואל בכללות שמואל בכללי ה' אות ב' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה ועי' בהגהות חכמת שלמה שכ' דלענין הפקר די בטפח לכ"ע והביא ראיה מד' הרא"ש בפ"ג דב"ק כו' :

סעיף ה (ד) **קנה** המטלטלין שבו. וכ' הש"ך בס"ק ז' דהיינו דוקא כשהשכירו לו החצר מתחלה וא"כ הקנה לו המטלטלין אבל שניהם כא' לא עכ"ד וכ"כ לקמן בסימן ר"ב ס"ק ג' דהיכא דחצרו ומתנתו באין כא' לא קנה מטעם חצר ועי' בקצה"ח בס"ק ב' שהק' על הש"ך מר"פ הזורק דאמרינן גיטה וחצירה באין כא' וכ' דאפשר דגבי גט שאני כו' וא"כ הק' מעובדא דר"ג וזקנים בב"מ י"א ב' לפי תי' ר"פ דדעת אחרת מקנה אותו שאני כו' א"כ מוכח דאפי' בחצר דגברא אמרינן חצירו ומתנתו באין כא' עכקוש"י. וכן ראיתי במח"א הל' קנין חצר סימן י"ד שהשיג על הש"ך מהא דר"פ הזורק ומפ' המביא כ"א א' ומעובדא דר"ג וזקנים הנ"ל ומהא דר"פ הזורק ומפ' המביא ניחא וכמ"ש בקצה"ח הנ"ל דגבי גט שאני כו' וממילא ל"ק נמי מד' הרמב"ם בפ"ה מהל' גירושין

שהק' המח"א שם על הש"ך דגבי גט שאני ועי' בישועות יעקב באה"ע סימן קל"ט ס"ק א' שהק' נמי על הש"ך מהא דר"פ הזורק ומפי' המגיה הנ"ל והאריך בזה ליישב יעוש"ה. אך מעובדא דר"ג וזקנים הנ"ל משמע לכאורה דלא כהש"ך. ושוב ראיתי בפ"י בקידושין כ"ז א' ד"ה ומקומו כו' שהק' על הש"ך מהא דר"פ הזורק הנ"ל וכ' דיש לחלק וכונתו כמ"ש הקצה"ח הנ"ל דגט שאני או כמ"ש הישועות יעקב שם ואח"כ הק' מהא דר"ג וזקנים הנ"ל ומב"ק י"ב א'. אך באמת לק"מ על הש"ך די"ל כמ"ש הנו"ב מהדו"ת חאו"ח סימן ס"ג דהיכא דעיקר קנין המקום הוא רק כדי לקנות המטלטלין ואין כונתו להחזיק המקום לחלוטין אז קונה המטלטלין אבל אם הוא קונה גם הקרקע וכונתו לקנות הקרקע והמטלטלין שניהם יחד לחלוטין בזה פי' הש"ך שאינו קונה המטלטלין עכ"ד יעוש"ה וא"כ ניחא ההיא דר"ג וזקנים הנ"ל דהתם לא היה כוונת ר"ג רק להקנות את המטלטלין ולא את המקום ומש"ה מהני אף דאגירו ומתנתו באין כא' וכמ"ש הנו"ב. ולפ"ד הנו"ב הנ"ל יש ליישב נמי מה שראיתי בספר אחד מחכמי זמנינו שהק' על הש"ך הנ"ל מב"מ י' א' שהק' אביי ורבא על ר"ל משום אבא כהן ברדלא ממתניתין דפאה ודנזיקין ראה את המציאה ונפל עלי' כו' ונפל עלי' דפיאה דליקנו להו ד"א ואמאי לא דחי דכי אמר ר"ל דד"א קונות לו דוקא היכא דקנה כבר הד"א ואח"כ באו לתוך הד"א איזו מציאה או מתנה הוא דקנה דהא קנין ד"א הוא משום חצר משא"כ בהך דפיאה ונזיקין דהפיאה והמציאה היה מתחלה באותו מקום דלא קנה וכדעת הש"ך הנ"ל אלא ע"כ דלא כהש"ך עכ"ד ולפ"ד הנו"ב הנ"ל ניחא דהתם לא קנה הד"א לחלוטין רק לקנות הפיאה והמציאה שפיר מהני אף היכא דאגירו ומתנתו באין כא' ולק"מ :

אך מהא דב"ק י"ב הנ"ל אכתי לא ניחא דהתם קאי בברייתא היכא דמכר לו עבדים ומטלטלין דמקנה לו אף החצר לחלוטין ואפי"ה מהני אגירו ומתנתו באין כא' אך י"ל לפמ"ש הנתיבות לקנין בסימן ר"ב ס"ק א' ליישב ד' הש"ך שלא תקשי מהא דר"ג וזקנים הנ"ל. דהיכא דהחזיק בחצר בפני המוכר קנה המטלטלין ג"כ אף דבאין כא' והש"ך איירי היכא דהחזיק בחצר שלא בפני המוכר והאריך בזה וא"כ י"ל דהתם בב"ק הנ"ל איירי דהחזיק בעבדים בפני המוכר ומש"ה קונה המטלטלין אף דבאין כא' ולק"מ קושי' הפ"י הנ"ל ומיושב בזה נמי קושי' הקצה"ח בסימן ר"ב ס"ק ג' שהק' על הש"ך הנ"ל מפ"ק דמציעא ט' ב' גבי קני בהמה וקני כלים כו'. וכן ראיתי במעיני החכמה בב"מ ט' ב' ד"ה אמר כו' שהק' נמי קושיא זו והאריך בזה יעוש"ה. ולפ"ד הנתיבות הנ"ל ניחא די"ל דמיירי דעשה משיכה בבהמה בפני המוכר ומש"ה מהני אף דאגירו ומתנתו באין כא' ושפיר ד' הש"ך הנ"ל ועי' בשמן רקח ח"א סימן ע"ד מ"ש ליישב ד' הש"ך שלא תקשי מהא דגיטין ומהא דב"ק הנ"ל די"ל דאיירי בעומד בצד אגירו כו' רק מהא דב"מ הנ"ל כ' דמוכח דלא כהש"ך. אך כ' דהא כבר העלו הרמב"ן והריטב"א דסוגיא דקידושין כ"ז חולק על ר"פ וס"ל דר"ג בתורת אגב הקנה ולא בתורת חצר וכן הרי"ף והרמב"ם פ' כסוגיא דקידושין כ"ו וכ' דאפשר הי' להש"ך קצת הוכחה לסברתו מסוגיא דקידושין כ"ו והאריך בזה ובאמת א"ל לזה דאף אי נימא כהסוגיא דב"מ הנ"ל דר"ג בתורת חצר הקנה להם אפי"ה ניחא ד' הש"ך או כמ"ש הנו"ב או כמ"ש הנתיבות הנ"ל. ועי' בקצה"ח שכ' דבנימוק"י בפ"ב דב"מ גבי מצא בגל כו' ובד' הגהות אשר"י שם מוכח כהש"ך וכ"כ בישועות יעקב שם דמד' הנימוק"י שלו מוכח כהש"ך וכן מבואר להדיא בריטב"א בקידושין כ"ו ב' ד"ה החמישי כו' כהש"ך והובא דבריו בהגהות אמרי ברוך בסימן ר"ב וכן משמע מדברי התוספות רי"ד בקידושין שם כהש"ך הנ"ל יעוש"ה :

שוב ראיתי בחת"ס סופר חיו"ד סימן ש"י שהק' על הש"ך מהא דר"פ הזורק הנ"ל ותי' דהתם לא בעי להקנות לו ידו או אגירו אלא סגי בסילוק ידו של הבעל מחצרה כו' וכן בידו של עבד בסילוק בעלמא סגי כו' וא"כ הביא ראי' מעובדא דתקיף לי' עלמא כו' דר"פ הזורק דפרש"י שם שהיתה בקנין אגב ולא בקנין חצר והיינו משום דרש"י ס"ל כהש"ך הנ"ל דלא מהני אגירו ומתנתו באין כא' ומש"ה פרש"י דהיתה בקנין אגב כו' וכ' דזהו נמי כונת הגמרא בקידושין כ"ז דס"ל דהך עובדא דר"ג וזקנים היה מטעם אגב ולא מטעם חצר משום דס"ל להגמרא כהש"ך הנ"ל עכ"ד והאריך בזה ופ' כהש"ך וכ"כ בחת"ס סופר הנדפס אצל חידושי הר"י מיגא"ש על שבועות סימן ג' כהש"ך והביא ראי' מד' רש"י הנ"ל דס"ל כהש"ך הנ"ל וכ"כ בחת"ס סופר חאו"ח סימן קט"ז דמד' רש"י מוכח כהש"ך הנ"ל וכ' דכן מוכח מד' הריטב"א בקידושין כ"ו א' ד"ה אמר כו' כהש"ך הנ"ל כו' והאריך בזה ועי"ש עוד בסימן קי"ז שהביא ד' הריטב"א הנ"ל ומיישב קושי' הקצה"ח הנ"ל והאריך הרבה בזה יעוש"ה וכ"כ בישועות יעקב שם דמד' רש"י הנ"ל מוכח כהש"ך. ומ"ש החת"ס סופר דמד' הגמ' הגמ' דקידושין מוכח כהש"ך כבר כתבתי דא"ל לזה דאף לפי הסוגיא דב"מ הנ"ל נמי ניחא ד' הש"ך או כמ"ש הנו"ב או כמ"ש הנתיבות הנ"ל אך ראיתי בחת"ס סופר חחו"מ סימן ס"ו שכ' מתחלה דמוכח מד' רש"י כהש"ך הנ"ל כו' וכ' דכן מוכח נמי מתוס' בע"ז ע"א א' ד"ה רב אשי כו' כהש"ך כו' וא"כ כ' אך חזינא להרא"ש והטור ביו"ד סי' ש"ך דס"ל דלא כהש"ך הנ"ל כו' והאריך בזה וסיים לבסוף דאגירו ומתנתו באין כא' נמי אמרינן כדעת הסמ"ע בסי' ר"ב שהרי כן פ' הרא"ש והטור והש"ע ביו"ד סימן ש"ך עכ"ד ופ' כן ועי' בדברי אמת בענין קניינים סימן א' שכ' נמי דמד' רש"י הנ"ל מוכח כהש"ך וגם הביא ד' הריטב"א וד' הנימוק"י הנ"ל דס"ל כהש"ך. אך הביא ד' מהרי"ט ח"א סימן ס"ה דס"ל דלא כהש"ך הנ"ל והאריך בזה וכן הביא בהגהות אמרי ברוך שם דהמהרי"ט לא ס"ל כהש"ך וכן מוכח מד' הלח"מ בפ"ג מהלכות מכירה הל' י' דס"ל דלא כהש"ך הנ"ל וכן הוכיח בשמן רקח שם מד' הלח"מ אלו דס"ל דלא כהש"ך הנ"ל והשיג שם על הש"ך והאריך הרבה בזה ועי' בס' מעין גנים מ"ש על ד' הש"ך הנ"ל והאריך בזה ועי' בחידושי הרי"מ בס"ק י"א ובברית אברהם חאו"ח סימן כ"ה ובספר הר הכרמל חאו"ח סימן י"ג ובס' ארץ צבי חחו"מ סימן י"ע ובספר אורי וישעי סימן ק"י ובס' חידושי מהרש"ם באות א' אגב קרקע מ"ש בזה יעוש"ה וא"כ כ' דדין זה של הש"ך הנ"ל אי מהני היכא דאגירו ומתנתו באין כא' הוי ספיקא דדינא :

(ה) **בהג"ה** וכן אם התנו כו' עי' בש"ך בס"ק י' שהשיג על הרמ"א והביא ד' הריטב"א בפ"ק דקידושין דלא מהני תנאי כו' ועי' במח"א הל' קנין מעות סימן א' ובקצה"ח ס"ק ג' ובשעה"מ ס"ק ב' ובדברי משפט בסוף הס' בחידושים של בן המחבר שם ובחידושי הרי"מ בס"ק ע"ו ובס' מעין גנים והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ו (ו) **דשכירות** מטלטלין כו' והוא מד' הנ"י בפ' הזהב בשם הר"ן ועי' בשעה"מ בס"ק ג' ובמראות הצובאות בחידושים שבסוף הספר שתמהו על המחבר שהרי הנ"י גופי' כ' בפ' השואל דשכירות מטלטלין אינן נקנין אלא במשיכה כו' וכן מוכח מד' הנ"י בפ' מרובה ע"ט ב' ומד' רש"י שם דשכירות מטלטלין אינן נקנין אלא במשיכה והאריך השעה"מ בזה. ובאמת כן מבואר בירושלמי בסוף ביצה דשכירות מטלטלין אינן נקנין אלא במשיכה דאמרינן שם אמר ר' אבא בתחומין העמידו כו' ועי' במפרש שם שכתב דע"כ ראייתו מהא דשואל כו' ואי כד' הר"ן הנ"ל בכל מקום כן וע"כ דאין חילוק בין מקח לשכירות מטלטלין רק בתחומין העמידו יעוש"ה. וכן ראיתי בספר פרת יוסף בסוף הספר שהביא ד' הירושלמי אלו והביא ד' הנ"י בפ' השואל וד' רש"י הנ"ל ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה וגם הוא הביא ד' רש"י הנ"ל ועי' בחידושי רע"א בב"מ ע"ט א' ובחידושי הרי"מ בס"ק ע"ז ובמעין גנים מ"ש בזה ועי' עוד בשעה"מ שכ' דלדידן

לדידן דקי"ל ד"א מעות קונות ומשיכה אינו קונה מה"ת אף חצירו וידו אינו קונה מה"ת כו' והביא ראי' מד' הגמרא בע"ז ע"א ב' כו'. ועי' לעיל בס"ק א' שהבאתי ד' התוס' בכתובות נ"א וד' הרמב"ן שהביא השיטמקו"ב בב"מ מ"ז ב' דס"ל דידו וכן חצירו דהיינו רשותו קנה מה"ת נכ"ע והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף יב (ז) **כבר** גילה בדעתו כו' עי' בגליון פ"ע מהגאון רע"א שכ' וז"ל עי' לקמן בסימן רס"ח בהג"ה ול"ע עכ"ל וכונתו להקשות מהא דמבואר שם בסעיף א' בהג"ה דמי שראה את המציאה ונפל לו עלי' דקנו לי' ד"א אע"ג דגלי אדעתי' דלא ניחא לי' אלא בנפילה משום דגילוי דעת אף בקנין דרבנן לא מגרע כחו זהו כונת הגאון רע"א להקשות. אבל באמת לק"מ וכמ"ש בשעה"מ בס"ק ד' ליישב עפ"ד המשל"מ בפ"ב מהל' זכי' הל' ט' דס"ה דבשעה שיש לו ד"א באותה שעה כיון לקנות ואע"ג דאין דעתו לקנות בד"א מ"מ הרי כיון לקנות באותה שעה משא"כ הכא בשעה שמסר לידו לא היה דעתו לקנות אלא במשיכה ועדיין לא מסך שמשיכה צריך להיות מר"ה לסימטא עכ"ד וכ"כ בהגהות חכמת שלמה סימן רס"ח ליישב עפ"ד המשל"מ הנ"ל ועי' במשכנות יעקב חו"מ סי' כ"א שהק' נמי כן והניח בצ"ע. ועי' בפ"ת בס"ק ט' שתירץ עפ"ד המשל"מ הנ"ל אך לא הביא ד' השעה"מ הנ"ל שתי' בהדיא כן. אבל באמת שפיר קושי' הגאון רע"א הנ"ל לפמ"ש הגאון רע"א בעצמו בתשובה סימן ל"ז שהביא ד' המשל"מ הנ"ל וכ' עליו דהך סברא דבאותה שעה לא נתכוין לקנות הוי כמו בלא כונת קנין כלל ובדעת אחרת מקנה אותו דמהני בלא כונת קנין כלל גם זה מהני עכ"ד ומיישב בזה ד' הרמ"א שלא יהיה סתרי אהדדי מסי' ר' לסי' ער"ה והאריך בזה יעוש"ה. וכן י"ל דס"ל להמשכנות יעקב הנ"ל וא"כ הכא דהוי דעת אחרת מקנה אותו ואפ"ה אמרינן הך סברא דכבר גילה בדעתו שאינו רוצה לקנות כו' אלא במשיכה ושפיר הק' הגאון רע"א והמשכנות יעקב הנ"ל מסימן רס"ח. והשעה"מ הנ"ל ס"ל דאין חילוק בזה בין דעת אחרת מקנה אותו לאין דעת אחרת מקנה אותו ושפיר מיישב עפ"ד המשל"מ הנ"ל. שוב ראיתי בדברי משפט בסי' ער"ה ס"ק ב' שהק' קושי' הנ"ל ותי' כן מסברת עצמו דיש חילוק בין היכא דכיון לקנות באותה שעה ובין היכא שלא היה דעתו לקנות כו' ומיישב בזה קושי' המשל"מ בפ"ד מהל' מכירה שהק' ד' הטור אהדדי מסי' ר' ליו"ד סי' קל"ב והאריך בזה ולא הביא ד' המשל"מ דפ"ב מהל' זכי' הנ"ל שכ' בהדיא לחלק כן והדברי משפט ס"ל נמי דאין לחלק בין דעת אחרת מקנה אותו לאין דעת אחרת מקנה אותו וכהשעה"מ הנ"ל ומש"ה כ' ליישב כן וכמ"ש ועי' בנחלת יעקב מהגאון מליסא בב"מ ח"ב ד"ה השתא בהג"ה שם מ"ש ליישב קושי' הנ"ל יעוש"ה:

סעיף טו (ח) **בא** וטול את שלך. עי' בקצה"ח בס"ק ה' שכ' דשומרין לא מחייבי בהשבה כלל כו' וכ"כ בסימן ש"מ ס"ק ג' והאריך בזה ועי' בנתיבות שם ס"ק ג' שלא כ"כ אלא ס"ל דשומר חייב בהשבה ועי' במנחת חינוך מצוה כ"ז שס"ל כהקצה"ח הנ"ל יעוש"ה:

סימן קצט

סעיף ב (א) **אבל** אם היה עליו חוב כו'. עי' בנתיבות בס"ק ב' ובקצה"ח בסימן ר"ד ס"ק ד' ובסי' שד"מ ס"ק א' ובדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר שם בסימן ר"ד ובפ"י בב"מ מ"ח א' ד"ה ואלו ובמעיני החכמה שם מ"ו ב' בתוס' ד"ה יש דמים כו' ובמהדו"ב שם ובפ"י בקידושין מ"ז א' ד"ה ותסברא ובהמקנה שם ובס' חמדת צבי שם ובחת"ם סופר חיו"ד סימן קל"ד ובחחו"מ סימן ק"ע ובדברי חיים בדיני מכירה סימן י"א ובס' פרת יוסף סימן כ"ז ובס' חידושי מהרשד"ם אות מ' מקדש במלוה ובאות מעות קונות ובס' אורי וישעי סימן פ"ט וסימן קע"ז מ"ש ליישב דברי הרמב"ם והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ג (ב) **בהג"ה** הנותן מעות על יין לקידוש כו' עי' במעיני החכמה בב"מ מ"ו א' במה"ב שם ד"ה ואי ס"ד מ"ש על דברי הרמ"א אלו יעוש"ה:

סעיף ד (ג) **בהג"ה** הקדש וצדקה כו' עי' בקצה"ח בס"ק ג' שכ' דלענין נדיב לב הוי צדקה כהדיוט וכמבואר בסימן רי"ב עכ"ד ובנתיבות בס"ק ג' השיג עליו וכ' דבהדיא מבואר ביו"ד סוף סימן רנ"ח דלצדקה דין הקדש יש לו לענין נדיב לב ואפילו לא הוציא בשפתיו חייב דהא סיים שם דהעיקר כדיעה א' עכ"ד וכן עיקר כהנתיבות. ומה שהביא הקצה"ח ראי' מסימן רי"ב אינו ראי' דהתם כונת הרמ"א שכ' דיש להחמיר כסברא הראשונה היינו משום דהתם מיירי לענין אם מוציאין בדיינים אם הודה שחשב כן בלבו ועי"ז כ' ויש להחמיר להורות דאין כופין אותו ככל ספק ממון וכ"כ בחידושי רע"א ביו"ד שם דזהו כונת הרמ"א וא"כ הכא בודאי דא"י לחזור בו דדינו כהקדש וכמ"ש הנתיבות הנ"ל:

סימן ר

סעיף א (א) **ברשות** הלוקח כו'. עי' בקצה"ח בס"ק א' מ"ש לענין אי יש חצר להקדש ועי' בנתיבות בפתיחה ובספר אבי הנחל בדרוש י"ז ובס' באר יצחק חיו"ד סימן כ"ח ובספר עונג יו"ט חאו"ח סימן ט"ז ובס' אורי וישעי סימן ס"א ובס' הפלאות נדרים בנדרים ל"ד ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(ב) **בהג"ה** אם משומר לדעת המוכר. עי' בקצה"ח בס"ק ב' שהביא ד' השיטמקו"ב שכ' דבדעת אחרת מקנה אותו לא בעי שימור כלל כו' וכ' דגם כונת הרא"ש הוא כן ומ"ש ושמירת הנותן חשובה לו נמי כונתו על דרך שכתב בשיטמקו"ב כיון דשום אדם לא יזכה בלתי דעת הנותן עכ"ד והאריך בזה. ודבריו תמוהים דהא מבואר להדיא בהרא"ש בפ"ק דב"ק סימן י"ד שכ' וז"ל ומטלטלין נקנין עם העבדים בעודן עליו אם העבד כפות וישן מטעם חצר עכ"ל הרי להדיא דהרא"ש ס"ל דבעינן ג"כ ישן ובלא"ה אינו קונה ואף דהרא"ש בפ"ק דב"מ סימן ל"א פ' כר"פ דבדעת אחרת מקנה אותו לא בעי חצר המשתמרת ולא ס"ל כהרי"ף ועכ"ל דס"ל להרא"ש דבעינן שיהא משומר לדעת המוכר ומש"ה בניעור לא קנה משום דלא הוי משומר לדעת המוכר ומוכח דלא כהקצה"ח אלא כהב"י בדעת הרא"ש. וכן ראיתי בדברי חיים בדיני מכירה סימן כ' שהשיג כן על הקצה"ח והאריך בזה ועי' בנתיבות בס"ק ב' ובחת"ם סופר חחו"מ סימן ס"ו מ"ש בזה יעוש"ה:

(ג) **וכן** כ' להורות. עי' בש"ך בס"ק א' שהשיג על הרמ"א וכ' דמוכח מסוגיא דפ"ק דקידושין כ"ז א' דקנין דר"ג וזקנים לאו משום חצר אלא משום אגב כו' והאריך בזה ועי' בנתיבות בס"ק א' מ"ש ליישב ד' הרמ"א והשיג על הש"ך והאריך בזה ועי' בספר מהרי"א ענגיל הנדפס מחדש בסימן א' שכ' להנתיבות בעצמו להשיג עליו ובסימן ב' שם השיב הנתיבות על דבריו וכ' דהעיקר כמ"ש בנתיבות ובסימן ג' שם חזר והשיג על הנתיבות והאריך הרבה בזה. ועי' בקצה"ח בסימן ער"ה ס"ק א' ובחת"ם סופר חחו"מ סימן ס"ו ובמעיני החכמה בב"מ י"א ב' במה"ב שם ד"ה ר"פ כו' ובדברי חיים בדיני מכירה סימן י"ב ובספר זית רענן ח"ב חחו"מ סימן ע"ג ובספר ארץ צבי חחו"מ סימן י"ט ובס' חידושי מהרשד"ם באות א' אגב קרקע ובאות

ובאות מ' מעות קונות ובאות ע' ענין המשפך בחררה מ"ש ליישב קושי' הש"ך והאריכו בזה יעוש"ה ועי"ש עוד בזית רענן מ"ש על הנתיבות הנ"ל :

(ד) **מעורבין** כו' . עי' ש"ך ס"ק ב' מה שתמה בזה ועי' בנתיבות בס"ק ב' מ"ש ליישב ועי' בדברי חיים בדיני מכירה סימן י"ב מה שהשיג על הנתיבות מד' הרמ"א לקמן בסימן רמ"ג סעיף כ"א כו' ועי' בדברי משפט בס"ק א' ובסימן קל"ח ס"ק ב' ובחידושי הרי"מ בסימן קל"ח ס"ק י"ג מ"ש על ד' הש"ך והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ב (ה) **בהג"ה** או נתנו לו במתנה . עי' בדברי משפט בס"ק ב' מ"ש לענין אי בהמה שלו עומדת בחצירו ונפל מציאה על גבי בהמה כו' ומ"ש על המח"א הל' קנין חצר סימן ט"ו והאריך בזה יעוש"ה :

(ו) **או** אפילו בדבור בעלמא כו' עי' ש"ך בס"ק ו' מה שהשיג על הב"י כו' ועי' בנתיבות בס"ק ה' ובפ"י בגיטין י"ג ב' ד"ה מ"ט ובדברי חיים בדיני מכירה סי' י"ג מ"ש על ד' הש"ך בזה ועי' במח"א הל' קנין חצר סימן א' שהוכיח מד' הטור אלו דס"ל דחצר משום ידו ולא משום שליחות אתרבאי כו' והק' מכח זה על הרא"ש והאריך בזה ועי' בדברי משפט בסימן רמ"ד ס"ק א' ובסוף הספר בחידושים של בן המחבר שם מ"ש ליישב קושי' המח"א והאריכו בזה ועי' בגרש ירחים בגיטין י"ג ב' בתוס' ד"ה גופא מ"ש והאריך בזה יעוש"ה ולא ראה ד' המח"א הנ"ל שלא הביאם :

(ז) **עד** שיכיר לו מקומו . עי' בקצה"ח ס"ק ה' שכ' דגבי אשה ועבד לא בעי זכי' רק ונתן בידה כו' לכך שגי כשבאו כאחד אבל במתנה דבעי זכי' ל"מ כו' ועי' בדברי חיים בסוף הס' מ"ש על ד' הקצה"ח והאריך בזה ועי' בשאילות שמואל בכלילות שמואל בכללי ג' אות כ' כ"א מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ז (ח) **בהג"ה** וי"א דלא קנה ראשון ראשון כו'. עי' בסמ"ע ס"ק כ"ב מ"ש בזה ועי' בס' מעין גנים מ"ש והאריך הרבה בזה ועי' בזית רענן בסימן ע"א ע"ב מ"ש בדינים אלו והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף ח (ט) **דלמדידה** בעלמא נתכוין . עי' בנתיבות בס"ק י"ד ע"ו מ"ש לענין דעת אחרת מקנה אותו אי מהני קנין שלא במתכוין ומ"ש על ד' המשל"מ בפ"ד מהל' מכירה כו' ועי' במח"א בהל' קנין משיכה סימן ד' ובקצה"ח בסימן ער"ה ס"ק ד' ובדברי משפט שם ס"ק ב' ובתשובות רע"א סימן ל"ז ובחת"ס סופר ח"ו סי' כ"ח ובדברי חיים בדיני חמץ סימן ד' ובדיני גניבה סימן ו' ובנודע בשערים ח"ב ביו"ד סימן י"ח ובספר בית דוד חחו"מ סימן ט' ובספר תפארת יוסף חאו"ח סימן י"ט וביו"ד סימן ל"ב ל"ד ובספר בגדי ישע סימן א' ובס' פרת יוסף סימן נ"ו ובספר ארץ צבי שם בסי' הנ"ל ובספר אורי וישעי סימן קע"ו וסי' קכ"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן רא

סעיף א (א) **רושם** על המקח כו'. עי' בש"ך בס"ק א' שהביא בשם הב"ח שכ' דבקרקעות ליכא קנין סיטומתא ומ"ש עליו ובאמת מד' הרא"ש בפ"ק דב"מ סי' ל"ח מבואר דקנין סיטומתא מהני אף בקרקע שכ' שם גבי השית דדיים המיאלרי וז"ל והקנין לפי המנהג דאמרינן לקמן בפ' הרבית ע"ד א' האי סיטומתא קניא עכ"ל יעוש"ה הרי מבואר מדבריו דס"ל דאף בקרקע מהני סיטומתא ולא ידענא אמאי לא הביא הש"ך דברי הרא"ש אלו :

(ב) **ואם** מנהג המדינה כו' . עי' בקצה"ח בס"ק א' שהביא דברי המרדכי בפ' השוכר בשם ר' יחיאל דבדבר שלא בא לעולם לא מהני סיטומתא כו' וכ"כ הנתיבות בס"ק א' ובתשובות רע"א סימן קל"ד דלא מהני סיטומתא בדבר שלבל"ע והביא שם ד' הים"ש שכ"כ בשם המרדכי הנ"ל ועי' בב"י ביו"ד סימן רס"ד שהביא ד' המרדכי הנ"ל . אך בגליון ש"ע מהגאון רע"א הביא בשם הרא"ש בתשובה כלל י"ב סימן ג' דגם בדבר שלבל"ע מהני סיטומתא וסיים בצ"ע ועי' בחת"ס סופר חחו"מ סימן ס"ו שהביא נמי ד' תשובת הרא"ש אלו וכ' שם לחלק בין ההיא דהרא"ש לבין ההיא דהמרדכי הנ"ל ועי' בברית אברהם חחו"מ סימן כ' אות י"ז מ"ש בזה ועי' בב"י ביו"ד שם שהביא דהרמב"ם כ' דמי שנדר לחבירו להיות סנדק ונוהג דצריך לקיים מצד סיטומתא אע"ג דהוי דבר שלבל"ע . וכן ראיתי בספר שם ארי' חחו"מ סימן ל' שהביא ד' הב"י בשם מהר"ם וד' תשובת הרא"ש הנ"ל והאריך בזה לענין אורענדים ועי' בספר ברית יעקב חחו"מ סימן ק' מ"ש בזה ועי' במקור חיים סי' ת"ג ס"ק א' וברמ"ן חחו"מ בדיני חזקות סימן כ"ב מ"ש והאריכו בזה ועי' עוד בנתיבות שכ' דקנין סיטומתא לא הוי רק קנין דרבנן ועי' לעיל בסימן קל"ד ס"ק א' מ"ש בשם החת"ס סופר והארכתי בזה יעוש"ה :

סימן רב

סעיף א (א) **בין** שמכר קרקע ונתן מטלטלין כו' עי' בהמקנה בקידושין כ"ו ב' ד"ה סלע כו' שכ' דבקנין אגב לא בעינן שיהי' הקרקע והמטלטלין של אחד אלא דאפילו ב' בני אדם מקנין לאדם אחד זה הקרקע וזה המטלטלין דהמקבל זוכה ג"כ למטלטלין של השני שנתן לו אגב קרקע שנתן חבירו עכ"ד והאריך בזה . ועי' בקצה"ח לקמן בסי' ער"ה ס"ק א' שחולק על דין זה של המקנה ועי' בדברי חיים בסוף הס' בחידושים מהר"א מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה :

(ב) **בהג"ה** וי"א דאפילו הקרקע בשכירות . עי' ש"ך ס"ק ב' שהביא ד' רבינו ירוחם שכ' ב' דיעות לענין קרקע מושאל ומטלטלין במתנה וכ' הש"ך עליו ולא ידעתי למה יגרע שאלה משכירות וכן מוכח להדיא מד' התוס' כו' ומד' הרא"ש שם כו' ועי' בקצה"ח בס"ק א' ובדברי אמת בקונטרס קניינים סימן א' ובס' תפארת ירושלים בפ"ה דמעשר שני אות כ"א ובספר בית הלוי ח"ג סימן מ"ו אות ו' מ"ש על ד' הש"ך והאריכו בזה יעוש"ה :

(ג) **ומטלטלין** במתנה . עי' במהרי"ט חחו"מ סימן פ"ג שכ' דאף דקיי"ל דקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה מקרי אג"ק זהו דוקא בהי' הקרקע קנוי' להמקנה בקנין גמור ולא בשהקרקע רק מושכר להמקנה ועי' בתוס' רע"א במשניות בפ"ה דמעשר שני אות כ"א שהשיג על המהרי"ט מעובדא דר"ג וזקנים כו' והניח בצ"ע . וכן ראיתי בדברי אמת שם שהשיג כן על המהרי"ט והאריך הרבה בזה ועי' בתפארת ירושלים שם ובתפארת ישראל שם ובס' בית הלוי שם אות ד' מ"ש ליישב ד' מהרי"ט הנ"ל יעוש"ה :

סעיף ב (ד) **בהג"ה** וי"א דאפילו הם צבורים בתוכה . עי' ש"ך ס"ק ג' שכ' דהיכא דאגירו ומתנתו באין כא' לא קנה ועי' בקצה"ח בס"ק ג' ובנתיבות בס"ק א' מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן קל"ח ס"ק ד' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

(ה) **וכן** נ"ל עיקר . עי' בנתיבות בס"ק ב' שכ' דבהפקר דליכא דעת אחרת כו' לא קנה מטלטלין אגב קרקע והשיג

והשיג על הקצה"ח בסימן ער"ה ס"ק א' שכ' דהפקר נקנה באגב ודחה ראי' הקצה"ח שהביא מד' רש"י בב"ק קי"ח א' כו' והביא ראי' מד' הר"ן בקידושין כ"ו א' והאריך בזה וכ"כ הנתיבות בסימן ער"ה ס"ק א' דהפקר אינו נקנה באגב והשיג על הקצה"ח ועי' בדברי משפט שם בס"ק א' מה שהשיג על הקצה"ח ודחה ראיתו מב"ק הנ"ל עפ"ד התוס' בכתובות נ"א ב' ד"ה וברי"ש ובע"ז ע"ב א' ד"ה והא כו' והאריך בזה . ועי' בנו"ב מהדו"ת חאו"ח סימן ס"ג שכ' נמי כהנתיבות הנ"ל דהפקר אינו נקנה באגב ועי' בס' ראשית בכורים בסימן ה' שדחה ראי' הקצה"ח הנ"ל והביא תוספתא בב"ב בפ"ב דמשמע דהפקר אינו נקנה באגב והאריך הרבה בזה וסיים בצ"ע ועי' בספר באר יצחק חאו"ח סימן ד' ובס' פרת יוסף סימן נ"ט ובספר בנין שלמה סימן י"ז מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ד (ו) **ומטלטלין** ליתומים ; עי' בנתיבות בחידושים בס"ק ז' שכ' וז"ל וה"ה בשליח למכור מטלטלין והקנה השליח המטלטלין אגב קרקע שלו ג"כ קנה עכ"ד ועי' לעיל בסימן קפ"ב ס"ק ד' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה . ועי' בדברי אמת שם שכ' דמי שעשה שליח למכור את השדה ואמר לו השליח לקנה לך חזק וקני ואגבו אני מקנה לך מטלטלין שיש לי קנה אע"פ שהשדה של אחד והמטלטלין של אחר מ"מ זה שנעשה שליח ונכנס במקום בעלים הרי השדה באה לו מחמתו והמטלטלין אגבו ומינה דגם באו' קנה את השדה ואגבו קנה את המטלטלין לראובן שיקנה ויזכה על ידך מהני עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף יג (ז) **דמציאה** כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ז' מ"ש לחלק בין קנין לתפיסה כו' ועי' במנחת חינוך בסוף הספר בקונטרס קומץ מנחה מצוה ל' מ"ש להסתפק לענין קלב"ש אי מהני תפיסה של הקטן בעצמו עפ"ד הקצה"ח הנ"ל יעוש"ה :

סימן רג

סעיף א (א) **ופירות** נמי כו' עי' בתרומת הכרי שכתב להסתפק היכא דיהיב הקונה להמקנה פרי וכלי אי עבדי חליפין מי אמרינן דעתו אפירי או אכלי וה"נ יש למבעי אי נתן הקונה להמקנה דבר שאינו מסוים עם דבר המסוים כו' והאריך בזה ומסיק דפירי וכלי עבדי חליפין וה"ה דבר המסוים עם דבר שאינו מסוים עכ"ד יעוש"ה :

(ב) **בהג"ה** וטובת הנאה כו' והוא מד' הגהות מיימוני והבעל העיטור והש"ך בס"ק א' תמה עליהם דהא הש"ס בפ"ק דקידושין כ"ז א' ס"ל דעובדא דר"ג וזקנים מטלטלי אגב קרקע הוי כו' וכ' דאפילו טוה"נ אינה ממון מ"מ לענין חליפין אגב הוי ממון רק גבי מתנות כהונה דכתיב נתינה לא מהני חליפין דהוי דרך מקח וממכר כו' ופ' כן דלא כהרמ"א בדברי הש"ך אלו . ומיושב קושי' הפ"ח בדיני חמץ בסימן ע"ז שהק' ד' ר' יהושע אהדדי דבפסחים מ"ו ב' ס"ל לר"י דטוה"נ אינו ממון ובעובדא דר"ג וזקנים קתני שם בסיפא דמתניתין דאמר ר"י עישור שאני עתיד למוד נתון לראב"ע ומקומו מושכר לו כו' הא ר"י ס"ל טוה"נ אינו ממון ואי אינו ממון אינה נקנה באגב עכקוש"י . ולפ"ד הש"ך הנ"ל לק"מ דאף דטוה"נ אינו ממון מ"מ מקני באגב ומעשר דאינו נקנה בחליפין משום דכתיב בהו נתינה וחליפין הוי דרך מו"מ . וכן ראיתי באור חדש בפסחים שם שכ"כ ליישב קושי' הפ"ח עפ"ד הש"ך הנ"ל ושוב ראיתי בקו"א בפ"ח שם שכ' על ד' הפ"ח הנ"ל דזהו דלא כהש"ך בסימן ר"ג ס"ק א' כו' מקני באגב וחליפין כו' יעוש"ה וכונתו כמ"ש דלפ"ד הש"ך מיושב קושי' הפ"ח הנ"ל ועי' בס' משנת דר"א בב"מ י"א ב' מ"ש ליישב קושי' הפ"ח הנ"ל וכ' דלא ראה הפ"ח ד' המרדכי שם והאריך בזה . ועי' בס' מנחת הבקר בב"מ שם מ"ש ליישב קושי' הפ"ח הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה ועי"ש עוד באור חדש מ"ש בזה ועי' בהגהות אמרי ברוך שכ' דמד' הרמב"ם בפי"א מהל' מעשר שני הלכה י"א מבואר כהש"ך ועי' בטעם המלך בפ"ה מהל' אישות הל' ו' שכ' דמוכח מד' הרמב"ם בפ"ד מהל' זכי' ומתנה כהש"ך והאריך בזה . ועי' בנתיבות בס"ק ב' שהשיג על הש"ך וכ' דכיון דטוה"נ אינו ממון אינו נקנה בחליפין כו' ובאמת מד' הרמב"ם הנ"ל מוכח כהש"ך ולא כהנתיבות ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר שם מ"ש והאריך בזה . ולפ"ד אין ראי' מדברי הרמב"ם דהל' מעשר שני הנ"ל להש"ך אך יש ראי' מד' הרמב"ם דהל' זכי' ומתנה להש"ך וכמ"ש בטעם המלך הנ"ל וכן עיקר לדינא כהש"ך הנ"ל דאף דטוה"נ אינו ממון מ"מ נקנה בחליפין ועי' במח"א הל' טוה"נ סימן א' מ"ש והאריך בזה . ועי' עוד בהגהות אמרי ברוך ובקצה"ח בסימן ער"ה ס"ק א' ובמנחת הבקר שם ובמעיני החכמה במהדו"ב שם ד"ה אלא כו' ובספר דברי שאול בדרוש לשבת הגדול בסוגיא דכילד מפרישין כו' ובס' עמק יהושע סימן ו' ובס' חידושי מהרש"ם באות א' אגב קרקע ובס' זית רענן ח"ב בחו"מ סימן ע"ג מ"ש על דברי הש"ך הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה :

סעי' ג' (ג) **בהג"ה** המייחד מעות כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ב' ובנתיבות בס"ק ו' מ"ש על ד' הטור ועי' בדברי חיים בדיני מכירה סימן כ"ג שדין זה הוא מחלוקת הראשונים בע"ז ס"ג והאריך בזה ועי' בדברי משפט בס"ק א' מ"ש על דברי הטור והאריך בזה :

סעיף ט (ד) **המטבע** אין דרך שיזכה כו'. עי' בחכם צבי סימן ע"ז שכ' דמטבע נקנה באודיתא ואף את המעות איכא בעין ועי' בקצה"ח בסי' קנ"ד ס"ק ד' שחולק על החכם צבי וכ' דבחוב בע"פ שאין קנין נתפס בו וה"ל דבר שא"ב אינו נקנה באודיתא והאריך בזה . וראיתי בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכ' וז"ל עי' בתוס' ב"ב קמ"ח דיכול להקנות החוב באודיתא ובשו"ת מיימוני לס' משפטים סי' ל"א בהג"ה הביא דעת בעל העיטור דחוב אינו נקנה באודיתא עכ"ד ולפ"ד הקצה"ח שם אין ראי' מד' התוס' דהא דכ' דנקנה באודיתא היינו לפמ"ש דהלואה נקנה אגב קרקע כו' אבל לדידן דחוב ע"פ אין שום קנין נתפס בו כו' אף ע"י אודיתא נמי אינו נקנה ועי' בנו"ב מהדו"ק חחו"מ סימן ל' אות ז' ובמהדו"ת חחו"מ סימן מ"ה מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף י (ה) **בהג"ה** החליף מעות ומטלטלין כו' וי"א כו'. עי' בנתיבות בס"ק ח' שהק' להך דיעה דס"ל דקנה הכל מהא דמקשה בב"מ מ"ו א' גבי היה עומד בגורן כו' וא"כ עדיין קשה אפילו למ"ד אין מטבע נקנה בחליפין מ"מ לקני לו המעות עם דבר אחר בקנין סודר דיקנה הכל עכקוש"י וכן הק' הגאון רע"א בחידושיו לב"מ מ"ו ב' ד"ה תרגמא וכן הק' במעיני החכמה בב"מ שם ד"ה נקנו כו'. ועוד הק' הגאון רע"א שם מעובדא דאיסור גיורא ב"ב קמ"ט א' דאמר כו' אי בחליפין אין מטבע נקנה בחליפין מ"מ הא יכול להקנות בחליפין איזה מטלטלין והמעות ביחד עכקוש"י והניח בצ"ע. ובאמת הך קושי' מאיסור גיורא יש ליישב דהך דיעה דס"ל קנה הכל ה"ט משום דס"ל דקני את וחמור קנה הכל והתם רבא הוא דקאי אין מטבע נקנה בחליפין ולפ"ד רב אלפס הובא ברא"ש בפ' האיש מקדש סימן כ"ד ס"ל לרבא דאת וחמור לא קנה כלום ועי' ברשב"א שם ולפ"ד ר"י שהובא ברא"ש שם וכן הוא בתוס' ב"ב קמ"ג א' ד"ה ר"נ ס"ל לרבא דקנה מחצה אבל לא הכל ומש"ה לא הי' יכול איסור להקנות בחליפין איזה מטלטלין והמעות ביחד דעדיין לא קנה רב מרי המעות אף בכה"ג ולק"מ קושי' הגאון רע"א מעובדא דאיסור גיורא הנ"ל. שוב ראיתי בספר זית רענן ח"ב חחו"מ סי' ע"ז שדרך

שדרך נמי בדרך זו ליישב קושי' הנ"ל אך מהא דב"מ הנ"ל קושי' אלימתא היא ועי' בתשובות חוט המשולש הנדפס מחדש בתשובות הגאון ר' אליעזר יצחק סימן כ"ח מ"ש ליישב קושי' הנ"ל בטוב והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בסמ"ע בס"ק י"ט מ"ש לחלק בין מטבע ובין דבר שלבל"ע כו' ועי' בהגהות אמרי ברוך ובחידושי הרי"מ בס"ק ד' ה' ובשעה"מ בפכ"ב מהל' מכירה הלכה ה' ובתשובות רע"א ח"ב הנדפס מחדש סימן ל"ז ובס' זית רענן שם ובספר ארץ צבי חהו"מ סימן כ' ובח' אה"ע סימן י' ובמעיני החכמה בר"פ המפקיד בתוס' ד"ה כגון ובס' אורי וישעי סי' קכ"ג מ"ש והאריכו בזה. והנה הגאון רע"א שם ס"ל דהך דיעה דס"ל קנה הכל קנה מדאורייתא וכן ס"ל להחת"ס סופר חהו"מ סימן ק"א וסימן קע"ג וסימן קפ"ו וכן ס"ל להטעס המלך בפ"ג מהלכות מכירה הלכה א' ועי' לעיל בסימן ס' ס"ק ו' מ"ש על זה יעוש"ה:

סימן רד

סעיף א (א) **וחייב** לקבל מי שפרע. עי' בב"י ס"ה מ"ש לענין אי שייך קבלת מ"ש בקרקעות כו' ועי' בתשובות רע"א סימן קל"ד ובמשכנות יעקב החו"מ סימן מ"ו שכ' דאף לענין קרקעות שייך קבלת מי שפרע והביאו ד' התוספות כתובות צ"ג א' ד"ה עד כו' שס"ל כן והאריכו בזה יעוש"ה. ובאמת יש ראיה מהגמ' בקידושין כ"ו א' דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא אמר אי בעינא בכספא איקני אי בעינא בשטרא איקני אי בעינא בכספא איקני דאי בעיתו למיהדר לא מליתו הדריתו ואי בעינא בשט"א איקני דאי בעינא למיהדר הדרנא בי ולכאורה קשה נהי דהוצרך להתנות שיקנה בכסף לחוד משום דלמא יקבלו מי שפרע אבל למה הוצרך להתנות שאיהו מצי למיהדר אי נימא דבלא"ה לא קנה כלל אלא ע"כ דבאמת קנה לענין מ"ש ולכן התנה שלא יצטרך כלל לקבל מ"ש ומוכח כהתוספות הנ"ל. וכן ראיתי במנחת חינוך בסוף הספר בקונטרס קומץ מנחה מצוה של"ו שהביא ראיה זו וגם הביא ד' התוס' הנ"ל וכן עיקר לדינא דצריך לקבל מי שפרע אף בקרקעות ועי' בספר פרת יוסף סי' ס"ג מ"ש בזה:

(ב) **ואפי'** לא נתן כו' עי' בנתיבות בס"ק א' שהביא ד' המח"א הל' קנין מעות סימן ה' שכ' באם קנה מטלטלין ולא הי' לו מעות ונתן שט"ח על עצמו דקנה לגמרי כו' והשיג עליו וכ' דשט"ח ודאי קנין מעות שמו ולא קנה דלא פלוג רבנן וק"ו הוא מנתן לו מקצת מעות כו' ועי' בסמ"ע בסימן ר"א ס"ק ד' דס"ל כהנתיבות וכן מוכח מד' הש"ך לעיל בסימן ק"ל ס"ק א' כהנתיבות שכ' דבנתן שט"ח על עצמו ל"ה רק כמו כסף לחוד דבקרקע קנה ובמטלטלין לא קנה רק למי שפרע יעוש"ה הרי דאפילו היכא דל"ש לומר נשרפו חיטיך ג"כ לא קנה וכהנתיבות הנ"ל. ועי' עוד בנתיבות שהביא ד' המח"א שכ' דאם קנה מטלטלין ואמר המוכר תן מנה לפ' דהוי קנין גמור והשיג עליו ועי' בדברי משפט ס"ק א' שהשיג על הנתיבות וכ' דהדין עם המח"א והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ה' (ג) **במתנה** מועטת. עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכ' דאם מת אין מוטל על היורשין ליתן לו המתנה עכ"ד ועי' בחכם צבי סימן ע' שכתב נמי כן והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף י' (ד) **בהג"ה** דהרויח לו זמן כו' עי' בקצה"ח בס"ק ה' שהק' דהא הוי רבית והוי כמקח שנעשה באיסור דלא מחייב במי שפרע ומפ"ז פ' דלא כהרמ"א דאין בזה משום מ"ש ועי' בנתיבות ס"ק ג' ובדברי משפט ס"ק ג' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח וא"כ העיקר כהרמ"א דצריך לקבל בזה מי שפרע:

סימן רה

סעיף א (א) **גמר** והקנה. והוא מד' הרמב"ם בפ"י מהלכות מכירה הל' א' ולא כ' דצריך שיאמר רוצה אני ובב"ק ס"ב א' מסיק הגמ' דהא דאמר ר"ה תלוהו וזבין זביני' זבינא מיירי דאמר רוצה אני וכן הק' הלח"מ שם ועי' בנתיבות בס"ק א' ובדברי חיים בדיני מכירה סימן כ"ד ובמנחת חינוך מצוה ל"ח אות א' ובספר כתונת פסים בסוף ב"ק בחידושים מחתן המחבר ובספר חידושי מהרש"ד"ס באות מ' מודעא אזבינא מ"ש ליישב ד' הרמב"ס והאריכו בזה יעוש"ה ועי' במח"א הל' גזילה סימן כ"ו מ"ש ראיה מערכין כ"א דא"ל שיאמר רוצה אני כו' ועי' בדברי חיים שם שדחה ראיה זו:

סעיף ב (ב) **אבל** במתנה כו' עי' בחמדת שלמה חחו"מ סימן י"ג שכ' להסתפק במי שכפאוהו ליתן שטר חוב ובענין דהוה תלוהו וזבין כו' אי מהני כמו תלוהו וזבין כו' והאריך בזה ואח"כ הביא ד' הגהות מיימוני בסוף הל' שבועות שכתב להדיא דתלוהו וזבין לא מהני רק היכא דהוציא דבר מרשותו אבל בנתחייב ע"י כפי' לא מהני ועי' בב"י בשם מהרי"ק דמבואר להדיא דאף בכפאוהו לחייב א"ע מהני וכן מבואר מד' הסמ"ע בס"ק כ"ח דמהני וכן ראיתי בדברי חיים בסי' הנ"ל שהביא ד' הב"י והסמ"ע אלו יעוש"ה:

סעיף ג' (ג) **בהג"ה** מתנה שכתב בה אחריות כו' עי' בסמ"ע ס"ק י' ובסימן רמ"ב ס"ק ב' ובט"ז כאן ועי' בנתיבות בס"ק ג' מ"ש על הסמ"ע ועי' בדברי חיים שם בסי' כ"ה כ"ו כ"ז ובספר מהר"ן יפה חחו"מ סימן כ' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ה (ד) **בהג"ה** והביא אח"כ ראיה. עי' בהגהות חכמת שלמה שהק' דהא הוי חצי דבר והאריך בזה וכבר הקדימו בקושי' זו בשעהמ"ש בס"ק ג' ובסימן ל' ס"ק י"א ועי' בסימן ל' שם ס"ק י"ד מ"ש ליישב קושי' זו והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף ז' (ה) **בהג"ה** דאם הפקידו כו' עי' בתשובות ר' משולם איגרא הנדפס מחדש חחו"מ סי' י"א מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן רז

סעיף ב (א) **שזו** אסמכתא היא. כ' הב"ח הא דאסמכתא לא קניא אינו אלא מדרבנן אבל מדאורייתא קניא והביא ראיה מערב כו' ובש"ך ס"ק י"א השיג עליו דשאני ערב בההיא הנאה כו' וכדאיתא בהדיא בש"ס כו' ובאמת מבואר להדיא במרדכי בב"ק סימן מ"ו דאסמכתא קונה מדאורייתא יעוש"ה והיינו כד' הב"ח וכן הביא הקצה"ח בס"ק א' והנתיבות בס"ק ט"ו ד' המרדכי אלו והשיגו על הש"ך. וכן משמע מד' רש"י בשבועות מ"ז א' ד"ה משחק בקוביא כהב"ח שכ' וז"ל גזלן דרבנן הוא דאמרינן אסמכתא לא קניא אבל מדאורייתא לאו גזלן הוא עכ"ל ומשמע דס"ל דמדאורייתא אסמכתא קניא כהמרדכי והיינו כהב"ח הנ"ל וכן ראיתי בארעא דרבנן במערכת אות א' סימן ע"א שהביא מד' רש"י אלו ראי' להב"ח ועי' בס' מהר"ן יפה החו"מ סימן ט"ו מ"ש בזה ועי' בשעהמ"ש בסימן ס' ס"ק ג' שכ' ליישב קושי' הרמב"ן והר"ן על הרמב"ם דס"ל דהמחייב עלמו בדבר שאינו קצוב לא נשתעבד מהא דיכיר כו' עפ"ד המרדכי הנ"ל ועי' בבית יהודא שם מה שהשיג עליו והאריך בזה. אך מד' התוספות בסנהדרין שם כ"ד ב' ד"ה ואלו כו' שכ' דמשחק בקוביא הוי דרבנן אפי' למ"ד משום אסמכתא שאינו סבור לעשות איסור משמע דבאמת האיסור מדאורייתא ומוכח דס"ל דאסמכתא לא קניא מדאורייתא דאל"כ באמת ליכא איסור דאורייתא

דאורייתא ועי' בספר חידושי מהרשד"ס בשות א' ענין אסמכתא מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף יג (ב) **בהג"ה** קנוי שניהם. עי' בקצה"ח ס"ק ו' שהק' דהא אמר השותפין אין קונין זה מזה כו' וכן הק' בגליון ש"ע מהגאון רע"א והניח בצ"ע ועי' בנתיבות בס"ק י"ב ובסימן קע"ו ס"ק ב' מ"ש ליישב קושי' זו ועי' בקצה"ח שם ס"ק א' ועי' מ"ש שם בס"ק א' יעוש"ה ועי' בחידושי מהרשד"ס בשות א' אגב קרקע מ"ש ליישב קושי' זו :

סימן רח

סעיף א (א) **בהג"ה** וכן אם נשבע כו' עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכ' דאם מכר ע"י השליח י"ל דהמכר בטל דאין שליח לד"ע אף דהשליח לא נשבע מ"מ תליא במחלוקת הפוס' אי קי"ל כלישנא דהשליח בר חיובא או קי"ל כלישנא דאי בעי עביד גם י"ל דאף ללישנא דבר חיובא דוקא בכהן שאמר לישראל כו' אבל הכא דהשליח ג"כ בר חיובא ומוזהר על לאו דשבועה עכ"ד. הנה דעת הגאון רע"א דבאין שליח לד"ע המעשה בטל וכתי' הב' של התוס' בב"מ י' ב' ד"ה דאמר כו' והיינו כדעת הנו"ב מהדו"ק אהע"ז סי' ע"ה ועי' לעיל סי' קפ"ב ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה. ומ"ש הגאון רע"א הנ"ל כיון דהשליח מוזהר על לאו דשבועה מקרי בר חיובא עי' בתשובות רע"א בסימן קל"ד שהביא ד' המשל"מ בפ"ד מהלכות מלוה הל' י"ד וד' המולל מאש בסימן ל"ב וד' הפ"י חיו"ד סי' י"ג שכ' היפוך זה יעוש"ה ועי' בספר פרת יוסף סימן ע' שכתב בפשיטות דבמכר השליח המכר קיים דמקרי השליח לאו בר חיובא והאריך בזה. ועוד כ' דל"ש בזה לומר כל מידי דלאו היינו מלי עביד לא מלי משוי שליח כו' ולא הביא ד' הגאון רע"א הנ"ל. עוד כ' הגאון רע"א ואם נדון דהמכר בטל יש לדון אם נשבע שלא למכור ועבר ומכר בתנאי דהתנאי בטל ומעשה קיים כיון דאין לקיים המעשה ע"י שליח עכ"ד. ועי' בהמקנה בקו"א סימן ל"ח סעיף א' שכ' דמקח שנעשה באיסור ע"י שליח דהמקח בטל והיינו דס"ל כהנו"ב הנ"ל וגם כ' מתחלה דא"י להתנות בו שום תנאי משום דהוי תנאי שא"א לקיימו ע"י שליח כו'. ואח"כ כ' דהיכא דהתנאי שוא בשעת גמר מהני אפילו א"י לקיים ע"י שליח והאריך בזה. ועי"ש עוד שכ' בקטנה שאמר לה אבי' לאי וקבלי קידושין אם יכולה להתנות איזה תנאי בקידושין כיון דא"י לעשות ע"י שליח דאין שליחות לקטן אי נימא כיון דעיקר הדבר יכולה להתקיים ע"י שליח מהני עכ"ד. ועי' בבני אהובה בפ"ו מהלכות אישות הל' א' שכ' בפשיטות דבקטן דאין כאן דבר במעשה בעלמותו רק מטעם דהוא קטן א"כ לא יהא כחו משונה מן גדול דיכול להטיל תנאי במקחו וקידושין עכ"ד. הרי דס"ל בפשיטות כהלד הב' של המקנה הנ"ל ומ"מ סיים הבני אהובה הדבר בצ"ע יעוש"ה :

(ב) **ועבר** ומכר כו' עי' בסמ"ע ס"ק ג' שהק' דהרמ"א עלמו ביו"ד בסי' ר"ל פ' כהמרדכי דאם נשבע שלא למכור ועבר ומכר דאין מכירתו מכירה משום דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והאריך בזה ופי' כהמרדכי ולא כהרמ"א כאן. ועי' בש"ך ס"ק ב' ובט"ז מ"ש בזה ולפי שענין זה דאי עביד לא מהני נוגע בכמה מקומות וגם ראיתי להאחרונים שהאריכו הרבה בזה ע"כ אמרתי גם אני אענה את חלקי ואבאר זה בעזה"י. הנה בתמורה ד' ב' פליגי אביי ורבא דאביי ס"ל דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני כו' ורבא ס"ל דא"ע לא מהני כו' ודעת הרשב"א בחידושיו לקידושין ס"ז ב' בשם התוספות דהל' כרבא דא"ע לא מהני וכן הוא דעת הרא"ש בתשובה כלל ז' סימן ד' דהל' כרבא וכן המרדכי שהביא הסמ"ע הנ"ל ס"ל דהל' כרבא וכן משמע לפי כללי הש"ס דבכל דוכתי קי"ל כרבא לגבי אביי חוץ מיע"ל קג"ם דהל'

כאביי וכן נוטים ד' הסמ"ע והש"ך והט"ז כאן. ובדעת הרמב"ם הנה דעת המ"מ בפ"א מהלכות גזלה הל' ט' דהרמב"ם ס"ל דהל' כרבא אך מהר"ם יפה הובא דבריו במשל"מ בפ"ה מהל' מלוה ולוה הל' א' כ' דדעת הרמב"ם דהל' כאביי והוכיח כן ממ"ש הרמב"ם בפ"ג מהלכות גירושין הלכה י"ט וז"ל. הכותב גט בשבת או ביוה"כ כו' ה"ז מגורשת כתבו והתמו בו ביום בזדון ונתנו לה אינה מגורשת שהרי העדים פסולים מה"ת כתבו ביו"ט בזדון ונמסר לה בפני עדים כשרים ביו"ט ה"ז גט פסול עכ"ל. ואי נימא דס"ל להרמב"ם דהל' כרבא ל"ל הטעם דאינה מגורשת כו' משום דהעדים פסולים תיפוק לי' דכיון דא"ר ל"ת כל מלאכה א"ע לא מהני והוי גט פסול. והו נמ"ש דאם כתבו ביו"ט כו' ונמסר לה בפני עדים כשרים דהוי פסול גרידא מדרבנן ואמאי הא לרבא לא מהני והגט אינו גט מה"ת א"ו דהרמב"ם ס"ל דהל' כאביי עכ"ד. ובאמת אין מזה הוכחה לפמ"ש המהרי"ט בתשובה ח"א סימן ס"ט דע"כ ל"א אי עביד לא מהני היינו אם עביד אותו המעשה היפוך מה שאמרה תורה לא מהני לי' ומעשיו בטלים ודברי תורה קיימים כגון לא יחליפנו ולא ימיר אותו כו' וכן תרומי כהנים כו' ואע"פ שפדה לא עשה כלום שהרי אמרה תורה לא יגאל וכן כל הנך דמייתי התם אבל היכא דעשה מעשה באיסור שאותו האיסור כבר נעשה ואי אתה יכול לתקנו כו' בזה א"ע מהני עכ"ד והביא הוכחה לזה מחורש בשור וחמור ומהמקדש אחד מכל חייבי לאוין בביאה כו' ומפ' מרובה גבי גנב ומכר בשבת כו' ועוד הוכחות והאריך בזה יעוש"ה. והש"ך בס"ק ב' ליין על ד' מהרי"ט אלו. ועי' בתומים בסימן כ"ב ס"ק ו' שכ' נמי כסברת מהרי"ט וא"כ אין ראיה מד' הרמב"ם הנ"ל דהתם נמי לא יתקן האיסור שבת ויו"ט במאי דאמרינן לא מהני והאיסור כדקאי קאי בזה אמרינן דמהני אף לרבא ומש"ה הוצרך הרמב"ם לתת טעם משום דהעדים פסולים וגם הוצרך לכתוב בסיפא גבי כתבו ביו"ט כו' דהוי רק גט פסול מדרבנן וא"כ שפיר י"ל דהרמב"ם ס"ל דהל' כרבא וכמ"ש המ"מ הנ"ל. ולפ"ד מהרי"ט הנ"ל יש ליישב קושי' מוהרשד"ס חיו"ד סי' קט"ו שהק' על רבא ממתניתין דחולין י"ד א' דקתני השוחט בשבת וביוה"כ אע"פ שמתחייב בנפשו שחיטתו כשרה נימא דא"ע לא מהני ואין כאן שחיטה והשחיטה פסולה עכקוש"י. ולפ"ד מהרי"ט הנ"ל ניחא דבשחיטה דהאיסור הוא משום נטילת נשמה ואף לכשתאמר דלא מהני הוי כמוחר מ"מ עבר עבירה דהרי ניטל הנשמה ותיקן להוליא מידי אבר מן החי ולא תוכל לומר בזה דלא מהני התיקון. ויש"ר. אמ"ה דהרי מתה לפניך מש"ה ל"א בזה דא"ע לא מהני ולק"מ קושי' המוהרשד"ס הנ"ל :

וכן ראיתי להשעה"מ בפ"ג מהלכות גירושין הל' י"ט שהביא ד' מהרי"ט הנ"ל וכ' ליישב בזה קושי' מוהרשד"ס הנ"ל ודחה עפ"ז ד' מהר"ם יפה הנ"ל והביא ד' מוהריט"ץ דכ' נמי כהמהרי"ט הנ"ל וכ"כ הנתיבות כאן בס"ק ב' ליישב קושי' זו עפ"ד מהרי"ט הנ"ל והאריך בזה. אך לא הביא ד' מוהרשד"ס שהק' קושי' הנ"ל וכן ראיתי בחוות דעת ביו"ד בסימן א' ס"ק ג' שכתב ליישב כן קושי' הנ"ל אך שכ' כן מסברת עצמו ולא הביא שכ"כ במהרי"ט הנ"ל ולא הביא נמי שכבר הק' קושי' זו במוהרשד"ס הנ"ל וכ' שם דזהו טעם של הרא"ש שהביא המחבר שם בסעיף י"א דאם הטילו הקהל חרם שלא ישחוט אלא טבח ידוע ושחט אחר דשחיטתו אסורה דהוא מטעם דא"ע לא מהני דהוי כנשבע שלא לשחוט ושחט דעיקר האיסור הוא השחיטה אמרינן דלא מהני כדי לתקן האיסור וכ' נמי דזהו טעם של הר"ן שהביא הט"ז שם בסימן ד' ס"ק ד' בשוחט לע"ז דאף דה"א אוסר דס"ש דמ"מ אסורה כיון דבע"ז אינו אסור רק שחיטה כעין פנים שייך לומר דלא מהני עכ"ד. וכ"כ בספרו נחלה יעקב בחידושיו לר"ה כ"ח א' בתוס' ד"ה אמר כו' ליישב קושי' זו עפ"י סברא הנ"ל דיתקן האיסור והביא דכן מבואר ברשב"א בחידושיו ליבמות ק"ג א' והאריך בזה. ועי' בהג"ה שם מ"ש והאריך בזה ועי' בטורי אבן בר"ה שם מ"ש בזה ועי' בדברי חיים בדיני מכירה

סי'

סי' כ"ט שהביא ראיה להמהרי"ט הנ"ל מד' הרמב"ם בפ"א מהל' עבדים הלכה ה' כו' והאריך בזה יעוש"ה. וכן ראיתי בתשובות רע"א בסימן קכ"ט שכתב ליישב קושי' הנ"ל עפ"ד המהרי"ט הנ"ל וכתב דכן מוכח מד' הרי"ף בפ' מפלין כו' וכן מוכח נמי מד' התוספות בגיטין כ' ב' גבי כתובה קעקע כו' ומד' הרמב"ם בפ"א מהלכות סופר הל' ג' כו' והאריך בזה ועי' עוד בתשובות רע"א בסימן קע"ד לענין מל בשבת שלא בזמנו אי אמרינן דא"ע לא מהני כו' כתב נמי ליישב כן קושי' הנ"ל והאריך בזה וגם הוא לא הביא ד' מוהרשד"ס הנ"ל שכבר הק' קושי' הנ"ל וכ"כ עוד הגאון רע"א בדו"ה בסוכה במערכה י"א ליישב קושי' זו עפ"ד המהרי"ט הנ"ל והאריך בזה. וכ"כ עוד הגאון רע"א בחידושיו ליו"ד בסימן י' ס"ק א' ועי' בפ"ת ביו"ד סי' רס"ו ס"ק א' מ"ש על ד' הגאון רע"א דסימן קע"ד הנ"ל ועי' בכתב סופר חאו"ח סימן ל"ה מ"ש והאריך בזה. ושוב ראיתי בבית מאיר על אה"ע בסוף הספר בקונטרס צלעות הבית סימן ד' שכתב ליישב קושי' זו עפ"י סברא הנ"ל שלא יתקן האיסור כו' וכתב דעפ"ז נדחה ראי' המשל"מ בשם מהר"ש יפה מד' הרמב"ם דהלכות גירושין הנ"ל והאריך בזה ולא הביא ד' מהרי"ט ולא ד' מוהרשד"ס הנ"ל. וראיתי בשעה"מ שם שהק' על המהרי"ט הנ"ל מד' התוס' בתמורה שם ד"ה ורבא שהק' דשוחט את הפסח על החמץ לפסול וי"ל דבירושלמי מצריך קרא להכשיר וקשה גורס אוזן בכור לתסר וי"ל כו' עכ"ל. והשתא מאי קשי' להו כו' דשאני שוחט את הפסח על החמץ וגורס אוזן בכור דאפילו נימא דלא מהני לא פלטינן לי' מאיסורא דעבד עבד ומש"ה אמרינן דמהני כו' עכקוש"י. ובאמת לק"מ דשפיר הק' התוספות משוחט את הפסח על החמץ וכמ"ש בנתיבות ובחוות דעת הנ"ל דהתם אין איסור רק בשוחט ולא בנוחר ומעקר ושייך שפיר לומר דלא מהני ואין שחיטתו שחיטה ומתקן האיסור עכ"ד וכ"כ בתשובות רע"א שם דשפיר הק' התוס' משוחט את הפסח על החמץ משום דהוי כנוחר כו'. אך מקושי' התוס' הנ"ל בגורס אוזן בכור שפיר הק' השעה"מ על המהרי"ט הנ"ל וכן הק' בתשובות רע"א שם מד' התוס' דגורס אוזן הנ"ל ועוד כתב שם דמד' התוספות בגיטין י"ט א' ד"ה דיו ומד' התוספות בע"ז ס"ב א' ד"ה בדמיהן מוכח נמי דלא ס"ל כהמהרי"ט הנ"ל והאריך בזה וכן הק' בברית אברהם האה"ע סימן קכ"א ובדברי חיים שם על המהרי"ט מד' התוספות דגורס אוזן בכור הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה:

ועוד הק' השעה"מ שם על המהרי"ט מהא דפריך הגמרא בתמורה שם והרי אלמנה לכה"ג כו' ועל קושי' מוהרשד"ס הנ"ל משוחט בשבת כ' דאישתמיטתי' ד' הגמרא בפרק כל הבשר קט"ו א' דפריך התם לרב אשי דאמר מנין לבשר בחלב שאסור באכילה שנאמר לא תאכל כל תועבה כו' אלא מעתה מעשה שבת לתסרי ומשני א"ק קדש היא היא קדש ואין מעשי' קדש וכיון שכן כי היכי דחזינן לר"א דס"ל דהשוחט בשבת שחיטתו כשרה ומותרה באכילה וכן המבשל משום דאין מעשי' קדש ה"נ לרבא אף דס"ל בעלמא דלא מהני גבי שבת אית לי' דהשחיטה כשרה דהיא קדש ואין מעשי' קדש עכ"ד. ובאמת דבריו תמוהים דא"כ יקשה לפ"מ דמשני הגמרא בחולין שם על הורש בשור וחמור ק"ו ממעשה שבת לפי גרסת רש"י שם וא"כ נילף בכ"מ ק"ו דל"א א"ע לא מהני ממעשה שבת והאיך משכחת להך דינא דרבא א"ו דאין זה כלום דהא במעשה שבת איכא ג"כ בשול ואפי' וכדומה ובזה יש איסור מחמת תועבה שנעשה בשבת ובשוחט בשבת ג"כ איכא הך איסור דתועבה ועוד נוסף איסור אחר לאו מחמת איסור שבת אלא מחמת איסור נבילה דהוי כמאן דלא שחט כלום וא"כ אף דגלי הקרא דאין מעשי' קדש היינו לסלק האיסור במעשה שבת ומ"מ כיון דלא הותר לו לשחוט בשבת הוי שחיטתו נבילה ועי' בתוס' בחולין י"ד א' ד"ה השוחט והקרא דהיא קדש גלי דלא יאסר רק מחמת מעשה שבת והיינו בבשול ואפי' וכן ראיתי בברית אברהם חיו"ד סימן י"ט אות ה' שהשיג כן על השעה"מ והאריך בזה

ושפיר קושי' מוהרשד"ס הנ"ל. ושוב ראיתי בנו"ב מהדו"ת חיו"ד סימן ע' שדחה תי' זה על קושי' מוהרשד"ס הנ"ל וראיתי בספר דרך חיים ביו"ד שם שהשיג על החוות דעת הנ"ל דא"כ בשוחט אותו ואת בנו דשחיטתו כשרה ול"א יפסול בשחיטתו ובזה יתוקן שם האיסור עכ"ד ולא ראה ד' הנתיבות כאן שהוא עצמו הרגיש בזה וכ' דבלא"ה מקשה הגמ' בחולין שם או"ב להתיר מלא תאכל כל תועבה ומשני מדאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה מכלל דלהדיוט שרי וכיון דילפינן מקרא להתיר נגד קרא דל"ת כל תועבה מכ"ש דיש למילף מקרא להתיר נגד הסברא דלא מהני וכדמוכח בתמורה שם בהרבה דברים דשייך א"ע לא מהני ומ"מ מוהנין משום דמשכח קרא עכ"ד והיינו נמי דגבי או"ב ליכא גוונא אחרינא וכמו דמוכח דליכא איסור מחמת התועבה כמו כן גלי קרא דמהני השחיטה מדאסר מחוסר זמן לגבוה אבל גבי שבת איכא גוונא אחרינא וכנ"ל. וכ"כ הברית אברהם שם לחלק כן בין השוחט בשבת לבין השוחט או"ב ושפיר ד' החוות דעת הנ"ל ועי' בצלעות הבית שם ובפמ"ג ביו"ד סי' ע"ז בשפתי דעת ס"ק ג' שכ' כהנתיבות הנ"ל ועי' בספר נחלת צבי מבעל פ"ת ביו"ד סימן י' מ"ש בזה אך מה שהשיג בדרך חיים שם על החוות דעת הנ"ל מהא דאמרינן בשבת ק"ה ב' גבי הקורע בשבת על מתו אע"פ שהוא חייב יצא ידי קריעה ול"א דא"ע לא מהני ויתוקן האיסור עכ"ד בזה יפה השיג וכן השיג בתשובות רע"א שם בסימן קע"ד על המהרי"ט הנ"ל והאריך בזה ועי' בבית יהודא ביו"ד שם שהשיג על החוות דעת הנ"ל כו' דלא ראה ד' הרא"ש בתשובה כלל ז' סימן ד' שהביא הט"ז ביו"ד סימן רכ"ח סעיף ל"ה והש"ך בסימן ר"ל דהא דאמר רבא א"ע לא מהני היינו במצות שא"א לבטלן כו' אבל בתקנה וחרם וכה"ג שאפשר לבטלו בהא מודה רבא דמהני וא"כ אין לאסור השחיטה בשביל החרם מחמת דא"ע דלא מהני עכ"ד:

ועוד השיג על הח"ד בהא שבדה מלבו הסברא כדי לתקן האיסור כו' יעוש"ה ובאמת לא מלבו בדה הח"ד סברא זו כי כן כתב המהרי"ט הנ"ל והנתיבות עצמו הביא דבריו כאן. אך כבר הבאתי מה שהשיגו השעה"מ והגאון רע"א והדרך חיים על סברת מהרי"ט הנ"ל ומה שהשיג הבית יהודא מד' הרא"ש בתשובה הנ"ל עי' בברית אברהם חיו"ד סימן ע"ו אות א' שכ' נמי כהח"ד הנ"ל והרגיש מהא דתשובת הרא"ש שהביא הט"ז הנ"ל וכ' דמש"ה כ' הרא"ש בהא דיו"ד סימן א' הנ"ל משום דהוי חשוד לאותו דבר כו' משום דאזיל לטעמי' דס"ל דבאפשר לבטלן ל"א א"ע לא מהני מש"ה הוצרך לטעמים אחרים כו' אבל לשאר פוס' י"ל דבלא"ה שחיטתו נבילה משום דא"ע לא מהני עכ"ד. ועיי"ש עוד בסימן י"ט ובא' אה"ע בסימן הנ"ל מ"ש והאריך בזה יעוש"ה ועי' בחת"ם סופר חיו"ד סימן ו' מה שהשיג על הח"ד הנ"ל מד' מהרי"ט עצמו והאריך בזה ואכמ"ל להאריך בזה. וקושי' מוהרשד"ס הנ"ל יש ליישב כמ"ש בדגול מרבבה ביו"ד סימן י"א עפ"ד הש"ך כאן דדוקא במעשה שא"א לעשות כי אם באיסור בזה אמרינן דא"ע לא מהני. אבל הכא השחיטה היתה יכולה להיות בהיתר אם שחטה בחול עכ"ד וכ"כ בנו"ב בסימן הנ"ל ובאה"ע סימן קכ"ט אות ד' ליישב קושי' מוהרשד"ס הנ"ל והאריך בזה. וכן ראיתי בשעה"מ שם שכ' ליישב כן קושי' מוהרשד"ס הנ"ל וכתב דעפ"ז אין מקום הכרע לד' מהר"ש יפה הנ"ל דהתם נמי בד' הרמב"ם הנ"ל הא אפשר לעשות בהיתר עכ"ד וכ"כ בנו"ב מהדו"ת שם בסג"ה לדחות ד' מהר"ש יפה עפ"ד הש"ך הנ"ל. ועוד כתב השעה"מ שם ליישב קושי' מוהרשד"ס דע"כ לא קאמר רבא דלא מהני אלא היכא דהמעשה עצמו הוא האיסור כגון לאו דגזילה כו' משא"כ הכא דהמעשה עצמו דהיינו כתיבת הגט או שחיטת הבהמה או מכירה וכל הני דהמעשה עצמו אינו אסור ויומא הוא דקא גרים אז כ"ע מודו דמהני עכ"ד. והביא כן בשם הרב בני חיי חיו"ד סימן של"ד וכ' דלפ"ז נמי אין מקום מכרע לד' מהר"ש יפה הנ"ל ובאמת סברא זו כ' הט"ז כאן לחלק כן

דהיכא

דהיכא דיומא קא גריס כ"ע מודו דמהני. וכן ראיתי בברית אברהם שם שכ' דעפ"ד הט"ז נדחה ד' מהר"ש יפה הנ"ל והביא ראי' להט"ז מד' הרמב"ם בפ"א מהל' חמץ שכ' דהקונה חמץ בפסח לוקה דעביד מעשה כו' והאריך בזה ועי' בס' ערוגת הבושם ביו"ד סימן י"א מ"ש בזה וכיון דאין הכרע מד' הרמב"ם בפ"ג מהלכות גירושין הנ"ל א"כ שפיר י"ל דהרמב"ם פ' כרבא דא"ע לא מהני וכמ"ש המ"מ הנ"ל ועי' בכ"מ בפ"ג מהלכות מלוה הל' א' שהביא ד' הריב"ש בסימן תפ"א שכ' דהרמב"ם פ' כרבא דא"ע לא מהני והיינו כהמ"מ הנ"ל בדעת הרמב"ם:

אך הלח"מ בפ"ו מהלכות בכורות הלכה ה' הק' על מ"ש הרמב"ם שם יראה לי שהמוכר מעשר לא עשה כלום ולא קנה לוקח ולפיכך אינו לוקה כמוכר תרומי כהן שלא קנה לוקח וכמוכר יפת תואר כו' והק' דהא בפ"ק דתמורה אמר רבא כו' והאי דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא ואם כן משמע בהדיא שם לרבא דאע"ג דלא קנה לוקח מ"מ לוקה משום דעבר אמימרא דרחמנא וכ"כ עוד שם מההיא שהק' לאביי מההיא דחרמים דאמר לא יגאל ומעשר בהמה ג"כ דאמר לא יגאל לאביי דאמר א"ע מהני ואי לא לא הוי לוקה על מכירת חרמים ועל מכירת מעשר אדרבא לרבא תקשי אמאי לא לקי כמו שהק' שם מאונס שגירש כו' לרבא דאמר דאע"ג דלא מהני לקי לליסנא קמא כו' א"כ מוכח להדיא דלרבא לקי וכ"כ התוספות שם כו' ליישב קושי' זו. נ"ל דאע"ג דבכולה גמ' הל' כרבא הכא פ' רבינו כאביי משום דאמר שם בסוף הסוגיא כי פליגי בשינוי קונה כו' וכיון דקי"ל דשינוי קונה וכהאם מתניתין דהגוזל עצים כו' לא קי"ל כרבא כו' אבל מ"מ נתקשו אלי ד' ה"ה בפ"א מהלכות גזילה כו' ואע"ג דאמר רבא כו' א"ע לא מהני כו' הוי כעין גוזל ולמר כו' משמע מד' ה"ה שדעת רבינו לפסוק כרבא ואית לי' לרבא שינוי קונה כו' ולפי אותם הדברים שכתב ה"ה אין מקום למה שכתב רבינו כאן ול"ע עכ"ד. ועי' בנו"ב מהדו"ת בסי' הנ"ל שכתב נמי דדעת הרמב"ם דהלכה כאביי מהא דהלכות בכורות וכמו שהוכיח הלח"מ הנ"ל ועוד הוכיח מהא דפ' הרמב"ם בפ"ג מהלכות עיוה"כ הלכה ה' וז"ל ואח"כ מערב שני הדמים דם הפר ודם השעיר ומזה ממניהם ד' הזיות על ד' קרנות מזבח הזהב עכ"ל כו' וא"כ פ' כאביי דהרי בתמורה שם קאמר דרבא סבר כר' יונתן דמזה מזה בפ"ע ומזה בפ"ע כו' והביא ד' הצל"ח שם דבמסקנא ס"ל גם לרבא דאין לוקין על חרמי כהן כו' וכתב דלפ"ד אין הוכחה מהא דעיוה"כ דהרמב"ם ס"ל כאביי כו' וגם רבא ס"ל מערבין לקרנות ופ' הרמב"ם לגמרי כרבא ואח"כ דחה ד' הצל"ח והאריך בזה וכ' דא"כ נשאר קושי' הלח"מ והשב"ז דאמאי פ' הרמב"ם שאינו לוקה על מכירת מעשר וא"כ אין מקום להמלט אם לא כד' הלח"מ שהרמב"ם פ' כאביי עכ"ד. ובאמת אין מזה הוכחה דהרמב"ם פ' כאביי אף אי נימא דלא כהצל"ח הנ"ל דמה שהק' הלח"מ והשב"ז דאמאי פ' הרמב"ם דאינו לוקה על מכירת מעשר י"ל כמ"ש בספר מעין החכמה על המצות מבעל עלי אגוזים ע"ע א' דלפמ"ש החינוך דלאו שיכול לעבור עליו בלא מעשה אינו לוקה עליו אפילו אם עברו במעשה ומכירת בהמת מעשר נמי אפשר מבלי שיעשה המוכר שום מעשה ע"י שימשוך הלוקח את הבהמה אי משיכה קונה מה"ת או אם מעות קונות לזרוק המעות בחצירו או לזרוק לו כלי שיקנה בחליפין את הבהמה. וכיון שאפשר לעבור על הלאו בלא מעשה אין לוקה עליו אפי' אם עובר במעשה אך אלו הי' המכירה קיימת מה שהבהמה יוצאת מרשותו להיות ברשות הלוקח מקרי מעשה וכמו דאמרינן בתמורה לא תתני מימר דבדיבורו עביד מעשה שיוצאת מרשותו לרשות הקדש וכן חסמה והנהיגה בקול אמרינן דהוי מעשה מה שהבהמה הולכת מחמתו וה"נ י"ל דס"ל להרמב"ם דהוצאה מרשותו לרשות הלוקח הוי מעשה אבל כיון שהמכירה אינה כלל ה"ל לאו שא"ב מעשה וזהו שכתב לפי שהמכירה אינה כלום אינו לוקה עכ"ד. והאריך בזה:

וכן ראיתי בדברי חיים שם שתי' כן ד' הרמב"ם הנ"ל עפ"ד החינוך וכתב שם דאף דהמ"מ בפ"ג מהלכות שכירות הל' ג' כ' בדעת הרמב"ם שם גבי חסימה להיפוך כיון שישנו בענין זה מעשה גמור כגון חוסם פי פרה בידים אף החסימה הוי כמעשה ולוקה ועי"ש בלח"מ כו' היינו דוקא בחסימה בקול כיון דאם חסמה בפירוש ע"י מעשה לוקין ממילא לוקין אף בחסימה בקול משא"כ בעלמא שעבר על הלאו במעשה היכא שנתבטל המעשה דהא לרבא אמרינן דא"ע לא מהני בזה אף דמלקין לרבא היינו דוקא היכא דלא משכחת לעבור כ"א ע"י מעשה ואמרינן אף דלא מהני מ"מ לוקין כיון דעבר אמימרא דרחמנא כיון דסוף סוף עובר ע"י מעשה אבל היכא דמשכחת לעבור שלא ע"י מעשה כמו בפודה בכור בהמה טהורה בזה אין לוקין אף שעבר ע"י מעשה כו' דהא גם המעשה נתבטל דהא א"ע לא מהני וכיון דהמעשה נתבטל לא חשיב מעשה ואזלינן בתר הצד מאחר דמשכחת לה לעבור בלא מעשה כלל כו' תו אין לוקין כלל כו' וה"ד לחוסם בקול דבהך צד בחסימה ע"י מעשה ממש לא מבטל המעשה ולהכי תמיד לוקין כו' עכ"ד. והאריך בזה ליישב קושי' הלח"מ הנ"ל והק' על זה מהא דכתב החינוך מלוה של"ע בשם הרמב"ם במוכר שדה לצמיתות דלוקה אף שלא הועילו מעשיו כו' ומיישב זה ואח"כ השיג על הנו"ב שם שלא הביא ד' החינוך הנ"ל יעוש"ה וכן ראיתי בשושנת העמקים כלל י"ט שתי' כן קושי' הלח"מ עפ"ד החינוך הנ"ל אך הק' שם מד' הרמב"ם בפ"א מהלכות חמץ שכ' אם קנה חמץ בפסח לוקה כו' וכן הק' בדברי חיים שם בדברי בן המחבר מד' הרמב"ם אלו אך באמת התם בלא"ה ניחא דל"ש התם לומר א"ע לא מהני וכמ"ש הברית אברהם הנ"ל ליישב עפ"ד הט"ז משום דהמעשה עצמו אינו ורק יומא הוא דקא גריס בזה לכ"ע מהני והביא ראיה להט"ז מד' הרמב"ם והק' שם על הט"ז מד' התוס' בתמורה שם שהק' מהשוחט את הפסח על החמץ כו' ואח"כ כתב דמד' התוספות פסחים ס"ג א' מוכח כהט"ז יעוש"ה ואפשר דזהו כונת הדברי חיים שם בעצמו שכ' דשם ל"ש לומר א"ע לא מהני וכונתו עפ"ד הט"ז וכמ"ש הברית אברהם ועי' בתשובות רע"א שם בסימן קע"ד שהביא ראי' דהיכא דיומא הוא דקא גריס לכ"ע א"ע מהני מהא דאמרינן בשבת ק"ה ב' דהקורע על מתו כו' יצא ידי קריעה כו' ועי' בהגהות ר"ן חיות בב"מ ט' א' שהביא ראי' להט"ז הנ"ל מד' הגמ' שם דפריך אלא מעתה הגבי' אתנני בשבת כו' ה"נ דלא קני כו' ולק"מ ושפיר ד' הרמב"ם דקנה חמץ הנ"ל ועי' בבנין עולם חיו"ד סימן מ"ו מ"ש בד' הט"ז הנ"ל. ועי"ל ד' הרמב"ם הנ"ל לפמ"ש בתשובות רע"א שם בסימן קכ"ט דא"ע לא מהני ל"ש רק היכא דהלאו על ענין פרטי כמו בלאו דלא יחליפנו ולא תפדה דמפרשינן לקרא דלא יהא כח להחליף ולפדות והילופו ופדויו כלא הי' משא"כ במקום שנא' דרך כללי כמו לא תעשה כל מלאכה דא"א לפרש שלא יהא לו כח לעשות מלאכה דודאי אם יטע כרם או יבנה בית יהי' בנוי ונטוע וא"כ פי' דאינו רשאי לעשות מש"ה כל שישנו בכלל זה הלאו ל"ש בו א"ע לא מהני עכ"ד. ומיישב בזה ההיא דהשוחט בשבת הנ"ל וההיא דזרוק גנבותיך לחצירי והביא ראיה לזה מגט שכתבו על איסורי הנאה דל"א א"ע לא מהני כו' וכן בשוחט מסוכנת לע"ז שכ' הרא"ש דהבהמה מותרת נימא א"ע לא מהני כו' והאריך בזה וכ"כ הגאון רע"א בסוכה שם והאריך בזה ועי' בחידושי רע"א ביו"ד סי' י' ס"ק א' שהניח קושי' הנ"ל בשוחט מסוכנת בל"ע ובתשובה ובסוכה הנ"ל מיישב קושי' זו ולפ"ד מיושב נמי ד' הרמב"ם בקנה חמץ הנ"ל דהתם נמי א"א לומר דהתורה נטלה הכח שא"א לו להיות החמץ ברשותו דהא בחמצו לעיסתו יש לו חמץ ברשותו ועובר בב"י וכיון דבידו לעבור הלאו באיזה ענין שיהי' ממילא גם בעובר ע"י קנין ל"ש לומר א"ע לא מהני:

וכן ראיתי בתשובות רע"א הנדפס מחדש בסי' קמ"א שמיישב כן ד' הרמב"ם הנ"ל וכ' דהתוס' בתמורה לא ס"ל כן אך

על

על הרמב"ם י"ל דס"ל הכי והארכתי בזה ועי' בתשובות בית אפרים חאו"ח סי' מ"א מ"ש בד' הרמב"ם הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה וא"כ שפיר יש ליישב קושי' הלח"מ כהמעין החכמה והשושנת העמקים והדברי חיים עפ"ד החינוך ועי' בפנים מאירות ח"א סי' ל"ד הובא דבריו בברית אברהם שם אות א' ובלשעות הבית שם ובגט מקושר בסדר גט ראשון אות ר"ח ובמלא הרועים אות כ' ענין כ"מ אות ו' מ"ש ליישב קושי' הלח"מ הנ"ל והאריכו בזה וא"כ שפיר י"ל דהרמב"ם פ' כרבא. ומ"ש הגו"ב שם דמוכח מד' הרמב"ם שם שכ' ויראה לי כו' דפ' כאביי כו' עי' במעין החכמה שם ובשושנת העמקים שם מ"ש בכונת ד' הרמב"ם הנ"ל ולפ"ד שפיר ס"ל להרמב"ם דהל' כרבא ועי' בספר שאילות שמואל בכללית שמואל כללי כ' אות ב' מ"ש והאריך בד' הרמב"ם הנ"ל ועי' עוד במעין החכמה י"ב ב' ול"ב ב' ובמשל"מ בפ"ד מהלכות מלוה הלכה ו' ובשעה"מ בפ"א מהלכות חמץ הל' ג' מ"ש בזה. ומ"ש הגו"ב הנ"ל דמד' הרמב"ם בפ"ג מהלכות עיוה"כ מוכח דס"ל דהל' כאביי כבר הק' זה בשער אפרים חיו"ד סימן ס"ז דאמאי פ' בהל' עיוה"כ כאביי הא אנן קי"ל כרבא בר מיע"ל קג"ם ותי' לפי שזהו מחלוקת ישנה בין התנאים ר' יאשי' ור"י אמרינן ביומא נ"ח דסתמא דברייתא כר' יאשי' לכן פ' כר' יאשי' אף שהוא אליבא דאביי ולא אליבא דרבא עכ"ד. וכ"כ הגו"ב שם כן בכונת הרמב"ם במה שפ' כאביי נגד הכלל דיע"ל קג"ם משום דסתמא דיומא כר' יאשי' והיינו כאביי כו' וכ' כן מסברת עצמו ולא ראה ד' השער אפרים הנ"ל שכבר הקדימו בזה וכ"כ עוד בשער אפרים בסימן קי"ג דזהו כונת הרמב"ם הנ"ל והאריך בזה והק' נמי קושי' הלח"מ הנ"ל ועי' בשושנת העמקים שם מ"ש בזה ועי' בברית אברהם שם שכ' ליישב ד' הרמב"ם הנ"ל עפ"ד הפ"מ שכ' ליישב קושי' הלח"מ הנ"ל מיושב נמי ד' הרמב"ם דהל' עיוה"כ הנ"ל ועי' בשעה"מ שם ובלשעות הבית שם ובפר"ח במים חיים ובספר מנחת הבקר בב"מ ל"ה ב' ד"ה אביי ובספר תפארת יוסף חאו"ח סי' כ"ג מ"ש ליישב ד' הרמב"ם הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה ולפ"ד שפיר י"ל דאף דהרמב"ם פ' דמערבין דם הפר ודם השעיר אפי"ה ס"ל דהלכה כרבא ודלא כהגו"ב והשער אפרים הנ"ל שהוכיח מד' הרמב"ם דס"ל דהלכה כאביי ועי' בתשובות רע"א שם שכ' בדעת הרמב"ם דהוי ספיקא דדינא אי הל' כאביי או כרבא וכ"כ בסוכה שם והאריך בזה ועי' בשאילות שמואל שכ' דלפ"ד מיושב ד' הטור בסי' שכ"ב גבי עשה שליח לשחוט בשבת כו' אך הברית אברהם שם והשעה"מ והלשעות הבית והמעין החכמה והגט מקושר והדברי חיים שם כולם ס"ל בדעת הרמב"ם דפ' כרבא וכ"כ בשאילת שמואל שם דהעיקר דהרמב"ם פ' כרבא והאריך בזה וכ"כ במלא הרועים שם אות ה' מתחלה דתליא בהא דלחלק אי אי צריך קרא או לאו כו' ואח"כ דחה ומסיק דהרמב"ם ס"ל דהלכה כרבא והאריך בזה :

ועיין בשעה"מ שם מה שהק' על הרמב"ם בפ"א מהלכות מתנות עניים הל' ב' כו' ומד' הרמב"ם בפ"י מהלכות טומאת צרעת הלכה א' כו' ומיישב בזה ועי' בברית אברהם ביו"ד שם בסי' י"ע אות ב' מה שהשיג על השעה"מ ובאות ג' שם מיישב ד' הרמב"ם מקושי' השעה"מ והאריך בזה ועוד מוכח דהרמב"ם פ' כרבא מהא דכ' בפכ"ג מהלכות סנהדרין הל' א' וז"ל לא תקח שוחד כו' וחייב להחזיר השוחד כשיתבענו הנותן עכ"ל. ומנ"ל להרמב"ם דחייב להחזיר השוחד הא לא מצינו עשה בתורה על הלאו דלא תקח א"ו משום דהרמב"ם פ' כרבא דא"ע לא מהני וא"כ לא מהני מה שקבל וצריך להחזיר השוחד וכ"כ הנתיבות לעיל בסי' ע' ס"ק א' דמש"ה צריך להחזיר השוחד משום דקי"ל כרבא דא"ע לא מהני ועי' בהפלאה בכתובות ק"ה א' ד"ה הרי כו' שכ' דדין זה אי צריך להחזיר השוחד או לאו תליא בזה דאי נימא דא"ע לא מהני צריך להחזיר ואי נימא דא"ע מהני א"צ להחזיר יעוש"ה ובאמת מבואר כן בב"ח בסי' ע' שם דמש"ה צריך להחזיר השוחד משום דקי"ל כרבא דא"ע לא מהני הובא דבריו בשעהמ"ש שם בס"ק א' והאריך בזה והנתיבות הנ"ל לא ראה ד' הב"ח אלו שכבר הקדימו בזה וא"כ מוכח מד' הרמב"ם אלו דס"ל דהל' כרבא. וכן ראיתי בדברי חיים בדיני דיינים סי' ב' שהוכיח מד' הרמב"ם אלו דס"ל דהל' כרבא כו' ומיישב שם קושי' הלח"מ הנ"ל והאריך בזה והביא ד' הב"ח הנ"ל שכ"כ אך הק' שם על זה דאמאי לא קאמר הגמ' בתמורה שם דנפ"מ בין אביי לרבא בקבל שוחד דלרבא חייב להחזיר ולאביי אינו חייב להחזיר וכן הק' בשעהמ"ש שם ושוב ראיתי במנחת חינוך מצוה פ"ג אות א' שכ' דזהו הטעם של הרמב"ם דכ' דצריך להחזיר השוחד משום דס"ל דהל' כרבא דא"ע לא מהני כו' וכ' דמכאן מוכח דהרמב"ם פ' כרבא והשיג על הלח"מ והר"ש יפה הנ"ל בדעת הרמב"ם והאריך בזה וא"כ הק' דאמאי לא קאמר הגמ' בתמורה דנפ"מ בין אביי ורבא לענין שוחד דלאביי א"צ להחזיר ולרבא צריך להחזיר עכקוש"י והניח בצ"ע יעוש"ה וגם הוא לא ראה ד' הב"ח הנ"ל. ובאמת לפמ"ש במעין החכמה שם דהוי' הגמ' יכול לומר כמה נפ"מ ולא קאמר כו' לק"מ דשפיר הוי' הגמ' יכול לומר נמי הך נפ"מ לענין שוחד ולא קאמר וא"כ אין להוכיח מדלא קאמר הגמ' הנפ"מ לענין שוחד דאף לאביי צריך להחזיר כמ"ש הד"ח שם בסוף אלא כמ"ש שם בתחלה והב"ח והפלאה והנתיבות והשעהמ"ש והמנחת חינוך הנ"ל דדין זה אי צריך להחזיר השוחד תליא בזה דא"ע לא מהני צריך להחזיר ואי נימא דא"ע מהני א"צ להחזיר והא דלא קאמר הגמ' נפ"מ זה בין אביי ורבא ל"ק וכמ"ש במעין החכמה הנ"ל וא"כ שפיר מוכח מד' הרמב"ם דהל' סנהדרין הנ"ל דס"ל דהל' כרבא וכמ"ש המנחת חינוך הנ"ל ועי' עוד במנחת חינוך במצוה של"ט אות א' מ"ש והאריך בזה וא"כ ממילא מוכח נמי מד' החינוך שם דכתב דצריך להחזיר השוחד דס"ל דהל' כרבא דא"ע לא מהני וכהרמב"ם הנ"ל וכן מוכח נמי מד' המחבר בסימן ע' שפ' דצריך להחזיר השוחד דס"ל דהל' כרבא וכמ"ש הנתיבות הנ"ל וראיתי בבינת אדם בשער בית הנשים סימן ל"א לענין נשבע שלא יתן גט שהאריך בענין זה וכ' דהרמב"ם ס"ל דהל' כאביי דא"ע מהני מהא דפ' דמערבין לקרנות כו' ומהא דפ' הרמב"ם בפ"ג מהל' תרומות הל' כ"ג דאם הקדים תרומה לבכורים מה שעשה עשוי ולא כתב מקרא דמכל מעשרותיכם כרבא ש"מ דבלא קרא ידעינן דכן הדין בכל התורה וכן בפ"ה מהל' ערכין הלכה ה' גבי מקדיש תמימים לבה"ב כ' סתם אע"פ שעבר על מ"ע מה שעשה עשוי וכן בפ"א מהלכות איסורי מזבח הל' י' כתב סתם מה שעשה עשוי כו' עכ"ד יעוש"ה :

הנה מ"ש להוכיח מד' הרמב"ם שפ' דמערבין לקרנות לא ראה ד' השער אפרים והגו"ב הנ"ל שכבר הקדימו בזה וכבר הבאתי לעיל דהפר"ח במים חיים והשעה"מ והלשעות הבית והברית אברהם דחו ראיה זו ומה שהוכיח מהא דכתב הרמב"ם סתם גבי הקדים תרומה לבכורים אין זה הוכחה דכונת הרמב"ם דהכא לכ"ע מהני אף לרבא ולרבא הוא משום גזיה"כ וממילא דאין הוכחה נמי מד' הרמב"ם דפ"ה מהלכות ערכין ומפ"א דהל' איסורי מזבח. אך את זה יש להקשות על הרמב"ם דהלכות תרומות הנ"ל דהתם פ' דמה שעשה עשוי ובהלכה י"ג שם פ' דאם הקדימו בכרי חייב והיינו כאביי אך באמת לק"מ וכמ"ש בשושנת העמקים שם דבתמורה הגרסא מכל מעשרותיכם ובפסחים ל"ה ב' הגירסא מכל מתנותיכם ותרי כל כתיבי כו' עכ"ד. ולק"מ ושפיר י"ל דס"ל להרמב"ם דהל' כרבא וכדמוכח מד' הרמב"ם דהל' סנהדרין הנ"ל וכן עיקר בדעת הרמב"ם דס"ל דהל' כרבא וכמ"ש המ"מ והריב"ש הנ"ל ודלא כמהר"ש יפה והלח"מ והשער אפרים והגו"ב והבינת אדם הנ"ל דס"ל בדעת הרמב"ם דפ' כאביי אלא העיקר דהרמב"ם פ' כרבא וכן ס"ל להשעה"מ והלשעות הבית והברית אברהם והגט מקושר והשאילות שמואל והמנחת חינוך הנ"ל בדעת הרמב"ם דפ' כרבא וכן ראיתי במשנת חכמים הל' ע"ז סימן כ' בידין שמועה אות ד' שכתב דהרמב"ם ס"ל דהלכה כרבא ומיישב קושי' הלח"מ הנ"ל וד'

הרמב"ם

הרמב"ם שכ' יראה לי והאריך בזה וראיתי בשעה"מ בפ"א מהל' קרבן פסח הלכה א' שכתב דהא דאמר רבא א"ע לא מהני היינו דוקא בכל התורה אבל בקדשים כיון דקי"ל שנה עליו הכתוב לעכב אפי' רבא מודה עכ"ד והאריך בזה ודבריו תמוהין דהא פריך הגמרא בתמורה אאביי ורבא ממימר והחרמים ובכור ומקדיש בעלי מומין למזבח ומקדיש תמימין לבה"ב הרי דאף בקדשים ס"ל נמי לרבא דא"ע לא מהני דלא כהשעה"מ וכן ראיתי בס' לימודי ה' לימוד פ"ג שהביא ד' השעה"מ הנ"ל והביא דגם בספר בתי כהונה ח"א בלשונות הרמב"ם כתב נמי כהשעה"מ והשיג עליהם מד' הגמרא דתמורה הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה. עוד הביא המשל"מ שם בפ"ח מהל' לולב ד' מהר"ש יפה שהביא ראיה דהל' כאביי דא"ע מהני מד' רש"י בפלוגתא דאביי ורבא עלה דהאי דאמרינן אלא בשינוי קונה פליגי כו' ועי' בבינת אדם שם שכ' דהרמב"ם ס"ל כד' רש"י אלו ומש"ה פ' כאביי נגד רבא ועי' בנו"ב שם מ"ש בזה ועי' במהרי"ט בסי' הנ"ל שכ' דאין זה מד' רש"י אלא גליון מבחוץ והובא בנו"ב שם בהג"ה ועי' בל"ק שם ובללאות הביא שם מ"ש על ד' רש"י אלו יעוש"ה וא"כ כיון דהרשב"א והרא"ש והגהות מרדכי הנ"ל וגם נתבאר דהרמב"ם והחינוך והמחבר לעיל בסימן ט' הנ"ל נמי ס"ל כרבא א"כ בודאי דהכי נקטינן דהלכה כרבא דא"ע לא מהני ודלא כמהר"ש יפה שהובא במשל"מ הנ"ל והגאון מהמבורג בתשובות נו"ב מהדו"ק אה"ע סי' ע"ו דס"ל דהל' כאביי וכן הוא דעת הנו"ב עצמו שם בסימן ע"ז והמשל"מ שם דהלכה כרבא וראיתי בפ"י בב"מ כ"ו א' ד"ה אלו דברים שכ' בפשיטות דהל' כאביי דא"ע מהני והיינו דס"ל כמהר"ש יפה והגאון מהמבורג הנ"ל אבל באמת העיקר דהל' כרבא דא"ע לא מהני ועי' בס' מנחת הבקר בב"מ שם מה שהשיג על הפ"י יעוש"ה:

וא"כ כיון דנתבאר דהל' כרבא ממילא משמע כהגהות מרדכי דבנשבע או נדר שלא למכור ועבר ומכר דלא הוי מכירה וכן פ' הרמ"א גופי' ביו"ד סימן ר"ל כהגמ"ר ועי' בסמ"ע מה שמחלק בין הא דא"ע לא מהני ובין הא דמקח שנעשה באיסור דהמקח קיים כו' וא"כ הק' מד' התוס' בתמורה ו' שכ' גבי נשבע שלא לגרש כו' דהיכא שהוא בדה את האיסור בזה לא אמר רבא דא"ע לא מהני ומיישב זה דכיון דאמרינן בכתובות דאפי' בדרבנן א"ע לא מהני כו' א"כ לא גרע איסור שבדה הוא עלמו מאיסור הקדוש באיסור דרבנן כו' ומסיק לבסוף דהעיקר כהגמ"ר דלא הוי מכירה ועי' בקלה"ח בס"ק א' מה שהק' על הסמ"ע כו' והאריך בכונת התוס' דתמורה הנ"ל ופ' דבנשבע שלא למכור לא הוי מכירה והיינו כהסמ"ע הנ"ל ועי' בש"ך ס"ק ב' שכ' נמי כחילוק הסמ"ע הנ"ל כו' ופ' כהב"ח דהוה ספיקא דדינא והממע"ה וכן פ' הש"ך ביו"ד בסימן ר"ל ס"ק ד' דהוי ספי' דדינא ועי' בנתיבות בס"ק ב' מ"ש ליישב קושי' הקלה"ח עפ"ד מהרי"ט הנ"ל והאריך בזה בכונת הש"ך ועי' בט"ז שהשיג על חילוק של הסמ"ע הנ"ל ומחלק חילוק אחר בין היכא דהאיסור הוא מלד עלמו ובין היכא דיומא הוא דקא גריס כו' ומש"ה פ' בנשבע שלא למכור דהוי מכירה ועי' במשל"מ שם שפ' כהגמ"ר הנ"ל דלא הוי מכירה וכ' נמי כחילוק של הסמ"ע הנ"ל מסברת עצמו ולא ראה ד' הסמ"ע הנ"ל שכבר הקדימו בזה ועי' במלא הרועים שם אות י"א מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן ג' ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה וכבר הבאתי לעיל ד' הגאון רע"א והברית אברהם שכ' דהעיקר כחילוק של הט"ז הנ"ל כו' ועי' בדברי משפט בס"ק א' מ"ש ליישב קושי' הסמ"ע הנ"ל מיו"ד סימן ר"ל ומד' התוס' בתמורה עפ"ד התוס' בב"מ קט"ו ב' ד"ה וחייב כו' והאריך בזה ועי' בנתיבות בחידושים בס"ק ג' מ"ש בזה ועי' בנחלת יעקב בחידושיו לתמורה שם שהאריך בענין זה ומסיק לבסוף דבנשבע שלא למכור ועבר ומכר או נוכר בשבת דמהני מכירתו וכן פ' בתשובות מהרי"א"ז עגיל בסימן כ"ה דהוי מכירה והאריך בזה יעוש"ה ועי' בברית אברהם שם אות ח' מ"ש ליישב ד' הרמ"א מכאן ליו"ד סימן ר"ל והאריך בזה וא"כ לענין דינא כ' עיקר כהש"ך דהוי ספי' דדינא בנשבע שלא למכור אי הוי מכירה וכן ראיתי בספר תשואת חן סימן מ"ה שכ' דהוי ספי' דדינא כהב"ח והש"ך הנ"ל והאריך בזה:

ולענין אי אמרינן גם באיסור עשה הא דרבא דא"ע לא מהני. הנה הפ"י בסוף גיטין ל' א' ד"ה אלא כו' כ' דהיכא דלא כתיב בלשון לאו אף לרבא מהני יעוש"ה ולפ"ד יש ליישב ד' הרמב"ם בפכ"א מהל' סנהדרין הל' ג' והל' ה' גבי עמידת העדים דלעולם בעמידה ובדיעבד אף בישיבה דינו דין ואמאי נימא דא"ע לא מהני ולפ"ד הפ"י הנ"ל ניחא דהתם כתיב בלשון עשה דילפינן מועמדו ובזה אף לרבא מהני וכן ראיתי בברית אברהם שם באות ג' שהביא ראי' מד' הרמב"ם אלו להפ"י הנ"ל והביא עוד ראי' להפ"י מד' הרמב"ם בפ"ג מהל' סנהדרין הל' ג' ומד' המחבר לעיל בסימן ה' סעיף ב' גבי אין דנים בלילה וילפינן מביום הנחילו ולדעת כמה פוס' בדיעבד דינו דין ונימא דא"ע לא מהני אלא ע"כ דל"א הכי רק בלאו וכ' די"ל דה"ה בחלי שיעור ל"ש א"ע לא מהני כו' וא"כ דחה זה מהא דפריך הגמ' בתמורה שם ממין על שאינו מינו משמע דלא כהפ"י וכ"כ הנו"ב בסימן ע"ז שם דאף לגבי עשה נמי אמרינן דא"ע לא מהני והביא ראי' הנ"ל מהא דפריך הגמ' ממין על שאינו מינו וכן מתורם מן הרעה על היפה כו' דאין לחלק בין לאו לעשה ועי' בנו"ב מהדו"ת חאה"ע סימן קכ"ט שכ' נמי כן דאף לגבי עשה אמרינן דא"ע לא מהני והביא ראי' הנ"ל והשיג על הפ"י הנ"ל והאריך בזה ואף דמהא דתורם מן הרעה על היפה אין ראי' די"ל כיון דאמרה התורה ולא תשאו עליו חטא בהרימכם את חלבו ממנו משמע ממילא דאם יתרום מן הרעה דיש בו חטא והרי ממש הזכירה האיסור בהדיא וכן ראיתי בבנין עולם שם שדחה כן ראי' זו אך ראי' זו מהא דתורם ממין על שאינו מינו היא ראי' נכונה וי"ל דהא דאמרינן גבי אין דנין בלילה דבדיעבד דיניהם דין היינו כמ"ש הש"ך ביו"ד סימן רס"ח ס"ק ט' משום דהפקר ב"ד הפקר וכ"כ הברית אברהם שם לדחות ראי' הנ"ל עפ"ד הש"ך אלו. וכן נמי י"ל דאין ראי' מד' הרמב"ם הנ"ל דפ' דבדיעבד אף בישיבה דינו דין משום דהפקר ב"ד הפקר וכן ראיתי בתשובות רע"א בסימן קל"ד שכ' בפשיטות דגם לגבי עשה נמי אמרינן דא"ע לא מהני והביא ראי' הנ"ל מתורם מן הרעה על היפה והיינו כהנו"ב הנ"ל וכ"כ בשושנת העמקים שם ובכלל ד' דאף בעשה א"ע לא מהני והביא ראי' הנ"ל מתורם מן הרעה על היפה ועי' בשאילות שמואל חאו"ח סימן כ"ב שכתב נמי דאף לגבי עשה אמרינן דא"ע ל"מ והביא ד' השושנת העמקים הנ"ל יעוש"ה. אך הק' הגאון רע"א שם על זה דא"כ בכל שחרור נימא דא"ע ל"מ דהא עובר בעשה והניח בל"ע ועי' בבנין עולם שהוכיח מזה דבעשה לא אמרינן דא"ע ל"מ ובאמת לק"מ די"ל כמ"ש בשושנת העמקים שם דילפינן ג"ש לה לה מאשה ובאשה בכל ענין מהני אף אונס שגירש ה"ה עבד כנעני ושח"כ עכ"ד ועי' בשאילות שמואל שם שכ' ליישב קושי' זו ומשום דעבד הוה כתפוס ואיכא שינוי רשות ולק"מ קושי' הגאון רע"א הנ"ל ואין מזה הוכחה ושפיר י"ל דאף לגבי עשה אמרינן דא"ע ל"מ וראיתי בשעהמ"ש שם בס"ק ב' שהביא בשם הב"ח שכ' דאם לקחו בתורת שכר כו' שעבר על מה אני בחנם כו' א"ל להחזיר והק' עליו כיון דאיכא איסורא ליטול שכר לדון נימא דא"ע ל"מ כו' ומכח קושי' זו כ' לחלק בין לאו לעשה דבעשה ל"א דא"ע לא מהני ומש"ה א"ל להחזיר עכ"ד:

ובאמת אין מזה הוכחה וקושי' ל"מ דהתם אינו בגדר א"ע ל"מ דנהי דאסור ליטול שכר מה"ת משום מה אני בחנם כו' היינו שאינו מקיים העשה דבלדק תשפוט ואינו עובר על המלוה רק שמפקיע עלמו מן המלוה בשב ואל תעשה וכן ראיתי בשאילות שמואל שם שכ' ליישב כן קושי' השעהמ"ש הנ"ל וכ' דזה דומה לעוצם עיניו מרחוק שלא יעמוד מפני זקן בקידושין ל"ב ב'. ועוד יש ליישב קושי' הנ"ל כתי' הב' של השעהמ"ש שם דהכא

גלי

גלי קרא דמהני מדכתיב אמת קנה יעוש"ה וא"כ שפיר י"ל דאף לגבי עשה אמרינן דא"ע ל"מ וכמ"ש הנו"ב והשושנת העמקים והגאון רע"א והברית אברהם והשאילות שמואל הנ"ל ודלא כהשעהמ"ש בתי' הא' והבנין עולם הנ"ל וכן ראיתי בלימודי ה' שם שכתב דאף לגבי עשה אמרינן דא"ע ל"מ והשיג על הקרבן עדה בפ' תמיד נשחט שכ' דדוקא בכה"ג דילקה עליו אמרינן דא"ע ל"מ וכן נ' עיקר לדינא דאף לגבי עשה נמי אמרינן דא"ע ל"מ ועי"ש עוד בשושנת העמקים ובבנין עולם ובספר אורי וישעי סימן ג' מ"ש בזה ועי"ש עוד בשאילות שמואל שכ' מסברת עצמו דבקדשים כו' לא אמרינן א"ע ל"מ ולא ראה שכבר הקדימנו השעה"מ בהל' ק"פ הנ"ל בזה וכבר כתבתי לעיל להשיג עליו בזה מד' הגמ' בתמורה שם . ולענין אי באיסור דרבנן אמרינן א"ע ל"מ הנה מד' הגמ"ר בשבועות שם שהביא ראי' מד' הגמ' בכתובות פ"א ב' דאמר רב יוסף כיון דאמור רבנן לא ליזבון אע"ג דזבין לא הוי זביני' זבינא כו' מוכח דס"ל דאף בדרבנן אמרינן דא"ע ל"מ וכן ס"ל להסמ"ע לפ"מ שפי' ד' הגמ"ר הנ"ל וכ"כ בשער אפרים בסימן קי"ג דאף בדרבנן אמרינן דא"ע לא מהני והביא ד' הגמ"ר הנ"ל והאריך הרבה בזה יעוש"ה. אך הפנים מאירות ח"א סימן ל"ד דחה ראי' זו מהא דכתובות הנ"ל דהתם הוה הפקעת זכותא דאחרינא ובזה כיון דחשו חז"ל ואמרו שלא להפקיע זכותא אף בדיעבד לא מהני עכ"ד והובא דבריו בתשובות רע"א בסימן קכ"ט ובסימן קע"ד שם ועי' בהגהות חכמת שלמה מה שדחה ראי' זו מהא דכתובות הנ"ל וא"כ שפיר י"ל דבאיסור דרבנן א"ע מהני וכן משמע דעת הגאון רע"א שם דבאיסור דרבנן אמרינן א"ע מהני ועי' בשושנת העמקים שם שהביא בשם מהר"א גאליפפה שכ' דבאי' דרבנן א"ע מהני והשושנת העמקים חולק עליו וכ' דלפמ"ש הרמב"ם דכל מילי דרבנן יש להו דלא תסור א"כ י"ל בדרבנן ד"ת הוה ולא מהני עכ"ד וכן מוכח מד' החוות דעת הנ"ל דס"ל דאף בדרבנן א"ע לא מהני ועי' לעיל בסימן ג' ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה ויש שם ע"ש מה שהבאתי בשם הנו"ב ועי' בברית אברהם שם אות י"ב י"ג שהק' מהא דבטלו מבוטל ומהא דלא ישא מעוברת חבירו כו' ומאבק רבית דאינה יוצאה בדיינים ניחא דא"ע ל"מ ומיישב בזה והביא ד' הפ"מ הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה:

ועי' בהגהות חכמת שלמה שהביא ראי' דבדרבנן אמרינן א"ע מהני ממשנה מפורשת בריש בכורות ובריש פ"ב דהמוכר לעובד כוכבים והמשתתף עמו אע"פ שאינו רשאי פטור מן הבכורה הרי אף דאינו רשאי למכור לו מ"מ בדיעבד אם מכר המכירה קיימת עכ"ד . ולפמ"ש מוהר"א אנגזי בס' בני חייא לייסב הקושי' מהא דלא ישא מעוברת חבירו משום דהם אמרו והם אמרו והובא דבריו בברית אברהם שם א"כ אין ראי' נמי מהא דבכורות הנ"ל דהם אמרו והם אמרו ועי' במלא הרועים שם אות י"ז שכ' לחלק בין היכא דהאיסור הוא מצד עצמו ובין היכא דהאי' הוא משום גזירה כו' וגם מחלק בין היכא דהתורה שרי הדבר הזה בפירוש כו' ובין היכא דלא התירה התורה בפירוש כו' והביא ד' הש"ג בפ' משילין דמוכח דס"ל דאף באיסור דרבנן א"ע ל"מ והאריך בזה ועי' בבנין עולם שכ' דבאי' דרבנן א"ע מהני והביא ראי' לזה יעוש"ה . וא"כ לענין דינא נ' דדין זה הוה ספיקא דדינא אי אמרינן גם בדרבנן א"ע לא מהני . ולענין שוגג אי אמרינן דא"ע ל"מ עי' בשושנת העמקים שם שכ' דאף בשוגג אמרינן דא"ע ל"מ ואין ראי' מד' התוס' דב"מ קט"ו ב' ד"ה וחייב דהתם משום דהוה זכי' בטעות כו' וכ"כ בלימודי ה' שם דאף בשוגג אמרינן א"ע ל"מ והביא ראי' מהא דפריך הגמ' בתמורה שם לרבא ל"ל כל ימיו כו' וה"נ בכל הסוגיא דפריך ל"ל ריבויא שם מוכח דאין חילוק עכ"ד . ועי' במלא הרועים שם אות ד' מ"ש בזה וכן עיקר לדינא דאף בשוגג אמרינן דא"ע ל"מ . ולענין נשבע שלא לגרש עי' בנו"ב שם ובברית אברהם שם ובבינת אדם שם ובספר מעין גנים מ"ש בזה ועי"ש עוד בנו"ב ובברית אברהם ובבינת אדם ובשער אפרים ובפ"מ ובגלעות הבית והשעה"מ ובשושנת העמקים ובלימודי ה' ובתשובות רע"א ובדו"ה ובנחלת יעקב ובמלא הרועים ובדברי חיים ובבנין עולם ובנו"ב מהדו"ת חיו"ד סימן ע' ובגל"א בפסחים ע"ג א' ד"ה שחטו כו' ובדורש לציון דרוש ח' ובברית אברהם חיו"ד סימן ע"ו וסימן י"ט ובמשנת חכמים בהל' ע"ז סימן ל"ט ביבין שמועה אות א' ובצפנת פענח אות ב' ובחמדת שלמה בחידושיו לגיטין י"א ב' ד"ה התופס וי"ע א' ד"ה אתמר כו' ובתשובות בית אפרים חיו"ד סימן ל"ט ובחת"ס סופר שם ובמנחת חינוך שם ובמצוה ל"ב אות ל"ט ובשאילות שמואל ובכלילות שמואל ובערוגת הבושם שם ובברוך טעם בדין מעכשיו ובטור האבן סימן ל"ה ובמלא הרועים ח"ג הנדפס מחדש ענין א"ע ל"מ ובספר תפארת יוסף חאו"ח סימן י"ד וסימן כ"א ובחיו"ד סי' ד' ע"ז י"ז ובהגהות שלו בב"ק ס"ו א' ובתשובות מהרי"מ סי' ה' ובספרו כתונת פסים בסוף ב"ק בחידושי החתן המחבר ובנודע בשערים ח"א בחידושיו לגיטין כ' ב' בתוס' ד"ה בכתובת קעקע ובכתב סופר ובספר מנחת הבקר בב"מ קט"ו ובהגהות חכמת שלמה ובספר ברית יעקב חיו"ד סימן ע"ב ובספר עונג יו"ט חאה"ע סימן קמ"ח ובתנא תוספאה בנדרים פ"א הל' י' בעיטור בכורים ובמהרי"ז עזיל שם ובספר ארצות החיים בסי' י' בארץ יהודא בס"ק ג' ובספר מהר"י הכהן מהדו"ת בשער הענינים סי' י"ד ובספר הפלאות נדרים בנדרים ד' א' ד"ה ואמר כו' וט"ז ב' ד"ה אמר כו' ול"ה ב' ד"ה אבעיא להו ובספר חקרי הלכות סימן ב' ובספר מהר"ן יפה החו"מ סי' כ"א ובספר ארץ צבי חאה"ע סי' י"ג ובחיו"ד סימן מ"ד מ"ש והאריכו בענין זה דא"ע לא מהני יעוש"ה :

סימן רט

סעיף ב (א) **אין** כאן קנין . עי' בהגהות חכמת שלמה מ"ש לענין הקונה אתרוגים סתומים כו' אם יש בהם דין אונאה כו' ועי' בספר שם ארי' חאו"ח סימן י"ג מ"ש והאריך בדין זה יעוש"ה :

סעיף ד (ב) **אין** אדם מקנה כו' עי' בהגהות חכמת שלמה שכ' דהא דא"א מקנה דשלבל"ע הוא רק מדרבנן אבל מה"ת אדם מקנה דשלבל"ע כו' ובאמת מד' הריב"ש בסימן שכ"ח שכ' דקודם מ"ת אדם מקנה דשלבל"ע והביא ראי' ממכירת הבכורה שמכר עשו ליעקב ואי נימא דמה"ת אדם מקנה דשלבל"ע א"כ אין ראי' ממכירת בכורה הנ"ל . א"ו דאף מה"ת א"א מקנה דשלבל"ע וכן מוכח מד' הקצה"ח בס"ק א' דס"ל דלא כהחכמת שלמה הנ"ל ועי' בספר חידושי מהרשד"ם אות ב' ברירה מ"ש בזה יעוש"ה :

(ג) **דשלבל"ע** . עי' בסמ"ע ס"ק ה' שכ' דדוקא מקנה אבל יכול לחייב נפשו בדשלבל"ע ועי' לעיל בסימן ס' ס"ק ד' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

(ד) **או** השפחה מעוברת כו'. ודעת הרמב"ם בפ"ז מהל' אישות הל' ע"ז דעובר מקרי דבר שבל"ע ועי' בקצה"ח ס"ק א' ובנתיבות ס"ק ב' ובדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר שם ובפ"י בקידושין ס"ב ב' ד"ה כמאן כו' ובהמקנה שם ובקו"א בהל' קידושין סי' מ' סעי' ז' ובבית מאיר שם ובאבני מלואים שם ס"ק י"ב י"ג ובטיב קידושין שם ס"ק ע"ז ובטור האבן סימן י"ז ובספר היד החזקה סימן כ"ו ובהגהות חכמת שלמה ובספר חידושי מהרשד"ם אות ע' עובר אי חשיב דבר שלבל"ע ובספר פרת יוסף בקו"א כאן ובספר ארץ צבי חיו"ד סימן כ"ד ועי' עוד בארץ צבי שם בסי' מ"ו מ"ש על ד' הקצה"ח בס"ק ד' בסתר ד' מהר"ש אלשיך סימן ז' כו' והשיג על הקצה"ח והאריך בזה יעוש"ה :

(ה) **ותפס** הפירות כו' עי' בנתיבות בס"ק ג' שכ' דמיירי בשדה שהי' בקנין כסף כו'. ובמטלטלין במשיכה כו'

כו' אבל אם הקנה לו בקנין סודר כו' לא קנה עכ"ד. ועי' בדברי חיים בדיני מכירה סי' ל"ג שהשיג על הנתיבות מד' התה"ד סי' ש"ג המובא בש"ך לעיל סימן ס"ו ס"ק ס"ה דמבואר דלא כדבריו ועוד השיג עליו והאריך בזה ועי' בס' עונג יו"ט חאו"ה סי' ל"ח מה שהק' על הסמ"ע ס"ק י"ב שכ' דהא דמהני תפיסה לא מטעם ספק אלא שכן הדין נותן מיבמות ל"ג דרבי ס"ל דאדם מקנה דשלבל"ע מנהא דלא תסגיר עבד אל אדוניו כו' דכתב לו לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך כו' והא העבד תפוס בעצמו ואף לרבנן מהני תפיסתו בדבר שלב"ע עכקוס"י. וכן הק' בספר ארץ צבי חחו"מ סימן י"ט והאריכו בזה ליישב ולפמ"ש המקנה בקידושין ס"ג א' ד"ה להכי כו' מיושב קושי' זו יעוש"ה. ועי' עוד בנתיבות ס"ק ד' ובקצה"ח ס"ק ו' ובדברי משפט ס"ק א' ובברית אברהם חחו"מ סימן כ' מ"ש בזה:

(ו) **בהג"ה** כשיהי' בעולם קנה. עי' בט"ז באה"ע סימן קל"ב סעיף ב' שכתב ליישב ד' הרא"ש והטור שם שכתב דבאשה דעלמא הוי גט לנו"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע כו' לפ"מ שפי' הרא"ש והטור דבאומר לכשתלד קנה אפי' במזכה לעובר וה"ה בכל דבר שלבל"ע אם אומר לכשיהי' לאחר זמן דמהני כו' ורמ"א כו' הביא גם הוא שני דיעות האלו שזכרנו לענין דבר שלבל"ע באו' שיקנה כשיהי' וא"כ שפיר י"ל דהרא"ש והטור ס"ל ג"כ כדיעה הראשונה כו' ה"נ דמהני לענין כל דבר שלבל"ע ולפ"ז ניחא דבהא דאומר לכשאכנסנה אגרשנה או בעבד שאו' האדון לכשאקחך כו' מהני אפי' למ"ד א"א מקנה דבר שלבל"ע וא"ת א"כ למה חשיב בפ' האשה רבה כו' דרבי ס"ל אדם מקנה דשלבל"ע כיון דאמר לגבי עבד לכשאקחך כו' דמהני ולפ"מ שאמרינן כ"ע ס"ל כן י"ל דהא אמר כן ר"נ בר יצחק ואיהו ס"ל גם במזכה לעובר לא מהני לכשתלד כו' אבל באמת למאי דס"ל כר"נ שם דמהני לכשתלד במזכה לעובר ה"ה בכל דבר שלבל"ע וכבר פי' הרא"ש כר"נ בזה וא"כ ה"נ כאן באומר לאשה דעלמא לכשאכנסנה אגרשנה שפיר מהני לכ"ע דה"ל כמו לכשתלד כו' מ"מ הרא"ש פי' דמהני ולפ"ז שפיר מביא הרא"ש והטור דלאשה דעלמא הוי גט באומר לכשאכנסנה אגרשנה כיון דהוה כמו לכשתלד עכ"ד יעוש"ה. בד' הט"ז אלו ראיתי ליישב קושי' הגאון רע"א בגיטין מ"ה א' גבי רב חסדא ערק לי' עבדא לבי כותאי כו' ומאי שנא דשלא להו כד"ר אחי ב"ר יאשי' והק' הא י"ל דס"ל כפי ההלכה דא"א מקנה דשלבל"ע וה"א לפרש הקרא לכדדרש רבי עכקוס"י והניח בקושי'. וכן הק' בגרש ירחים שם וכן הק' בשעה"מ בפכ"ב מהל' מכירה הל' א' וכ' דלדעת רש"י ניחא דס"ל דהל' כר"מ דאדם מקנה דשלבל"ע יעוש"ה ולפ"ד הט"ז הנ"ל ניחא דהתם הוי לכשאקחך ואף למ"ד דא"א מקנה דשלבל"ע אפי"ה מהני לכשאקחך להך דיעה דס"ל היכא דאמר לכשיהי' דמהני בדשלבל"ע רק דלר"נ בר יצחק לא מהני לכשאקחך כיון דס"ל דלא מהני לכשתלד במזכה לעובר אבל להך דיעה דס"ל דמהני לכשתלד במזכה לעובר ה"ה דמהני לכשאקחך בדשלב"ע וכמ"ש הט"ז הנ"ל ושפיר פריך הגמ' ומ"ש דשלא להו כדר' אחי ב"ר יאשי' ולק"מ קושי' הגאון רע"א והשעה"מ והגרש ירחים הנ"ל אבל באמת הט"ז סותר ד"ע דלקמן בסימן ר"י סעיף א' השיג על הסמ"ע וכ' דאף הרא"ש דס"ל דמהני לכשתלד במזכה לעובר אבל בדשלבל"ע לא מהני באו' לכשיהי' בעולם ועוד בלא"ה קשה ד' הט"ז באה"ע הנ"ל דהא התם גבי עבד מיירי דלכשאקחך קנוי לך מעכשיו וכיון דמיירי דא"ל מעכשיו מש"ה צריך הגמ' לומר דרבי ס"ל דאדם מקנה דשלבל"ע ואפי' למ"ד דמהני לכשתלד במזכה לעובר לא מהני כאן לכשאקחך כיון דא"ל מעכשיו ועי' בשעה"מ שם הל' ה' ובהמקנה בקידושין שם ד"ה ואמר כו' שכ' כן יעוש"ה. וא"כ הדרא קושי' הנ"ל לדוכתא ול"ע ועי"ש עוד בשעה"מ ובהמקנה ובקצה"ח ס"ק ז' ובסימן מ"ג ס"ק ה' ובביד החזקה בסימן הנ"ל ובדברי חיים בקונטרס מים חיים סימן מ"ה מ"ו מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(ז) **בך** א"י למחול כו' עי' בקצה"ח בס"ק א' י"ג ובנתיבות בס"ק ו' ועי' בספר פרת יוסף סימן י"ח מ"ש והאריך הרבה בזה יעוש"ה:

סעיף ה (ח) **בהג"ה** אם טרח כו' עי' בספר תשואת חן סי' נ"ז מ"ש והאריך הרבה בדין זה יעוש"ה:

סימן רי

סעיף א (א) **למי** שלבל"ע. עי' בסמ"ע ס"ק א' שכ' דכאן נמי מהני תפיסה כמו בדשלבל"ע ועי' בברית אברהם חחו"מ סימן כ' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

(ב) **ואם** הי' בנו כו' עי' בהמקנה בקידושין ס"ג ב' בד"ה ואמר כו' שכתב דדוקא בלדבר שלבל"ע מחלקינן בין בנו לאחר אבל בדבר שלב"ע אין חילוק בין בנו לאחר והאריך בזה ובאמת דעת המבי"ט ח"ב סימן קל"ז דאף בדבר שלבל"ע נמי מחלקינן בין בנו לאחר כמו בלדבר שלבל"ע כו' והובא דבריו בשעה"מ בפכ"ב מהל' מכירה הל' י' והיינו דלא כהמקנה אך השעה"מ שם השיג על המבי"ט והאריך בזה וכן השיג בברית אברהם בסימן הנ"ל אות י"א על המבי"ט וס"ל כהמקנה הנ"ל יעוש"ה וכן עיקר לדינא דבדבר שלבל"ע אין חילוק בין בנו לאחר והיינו דלא הזכירו הפוס' בסימן הקודם לחלק בין בנו לאחר משום דאין חילוק בזה וכמ"ש בהמקנה שם:

סעיף ג (ג) **קנה** מאלה. עי' בקצה"ח ס"ק ה' מ"ש בזה ועי' בישועות יעקב באה"ע סימן מ"א ס"ק א' ובטיב קידושין שם ס"ק ג' ובתשובות רע"א הנדפס מחדש סימן ל' ובבנין עולם חיו"ד סימן מ"ו מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן ריא

סעיף א (א) **שדה** זו כו' עי' בג"ת שער ס"ד ח"ב דין ב' מה שכתב להסתפק בדעת הרמב"ם ובדעת הבעה"ת לענין שדה סתם אי קנה כו' ועי' בשעה"מ בפכ"ב מהל' מכירה הל' ה' מ"ש על הג"ת ועי' במהר"ם לובלין בב"מ ט"ז ב' ד"ה מסתברא שכ' בפשיטות דלפי האמת דקי"ל כרבנן אפי' בשדה סתם לא כו' וכן משמע בכל הפוס' עכ"ד. ובאמת ברמב"ם ובעה"ת וטור וש"ע כאן לא הזכירו הדין דשדה סתם רק כ' דבשדה זו לא קנה ועי' בהגהות ר' צבי חיות שם מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף ז (ב) **מי** שהי' לו פקדון. עי' בתרומות הכרי שכ' דוקא שהנפקד דעתו להחזירו לבעלים כו' אבל אי אין דעתו להחזירו כו' תו ליתנהו ברשותי' דמרי' להקנותו או להקדישו כו' והאריך בזה יעוש"ה:

(ג) **א"י** להקנותו. עי' בקצה"ח בס"ק ד' שהביא ד' הב"ח בתשובה סימן קכ"ד שכתב דהפקר מהני בדבר שלא"ב משום דהפקר מדין נדר כו' כמו הנדר שהוא חל בכל ענין אף ההפקר חל אכל דבר ואפי' לא בל"ע או לא בא לרשותו כו' ולפ"ד הב"ח אלו יש ליישב קושי' הפ"י בגיטין ל"ח א' ד"ה בחזקה שהק' על רש"י דהאיך יכול לומר דיאוש מטעם הפקר הא הפקר אינו חל על דבר שלא"ב כו' ולפ"ד הב"ח הנ"ל ניחא די"ל דרש"י ס"ל דהפקר מטעם נדר וכן משמע ברש"י ב"מ כ"ב ב' ד"ה יתמי שכתב

שכתב דהפקר קטן אינו כלום. יעוש"ה והיינו משום דס"ל דהפקר מטעם נדר ונדר קטן אינו כלום ועי' בקצה"ח בסימן רע"ג ס"ק א' שכ' נמי כן דרש"י ס"ל דהפקר מטעם נדר וא"כ יכול להפקיר אף דבר שלא"ב לפ"ד הב"ח הנ"ל ושפיר י"ל דיאוש מטעם הפקר ולק"מ קושי' הפ"י הנ"ל. ובקצה"ח השיג על הב"ח מב"ק ס"ט ב' גבי לנוטין וכו' דוקא כו' דמוכח דא"י להפקיר דבר שלא"ב ועי' בנתיבות בס"ק א' מ"ש לייסב קושי' זו ועי' בפרמ"ג באו"ח סימן תמ"ו באשל אברהם ס"ק א' שהביא ד' הב"ח הנ"ל וס"ל הכי להלכה ועי' בספר מים חיים מאו"ח סימן ו' שהשיג נמי על הב"ח מד' הגמ' דב"ק הנ"ל ולא ראה שכבר הקדימו הקצה"ח הנ"ל בזה ועוד השיג שם על הב"ח והביא ד' הפמ"ג הנ"ל והאריך בזה ועי' בנו"ב מהדו"ק מאו"ח סימן י"ט משמע דס"ל כהב"ח הנ"ל ועי' במים חיים שם סימן ה' מה שהשיג על הנו"ב והאריך בזה ועי' עוד בקצה"ח מה שהשיג על הב"ח ועי' במח"א הל' זכי' מהפקר סימן ז' שכתב דא"י להפקיר דבר שלא"ב והביא ראי' מהא דב"ק הנ"ל והיינו נמי דלא כהב"ח ולא הביא ד' הב"ח הנ"ל וכן עיקר לדינא דא"י להפקיר דבר שלא"ב ואף הנתיבות נמי מודה בדבר שאתי ממילא לרשותו א"י להפקיר ועי' בספר פרת יוסף סימן י"ח מה שכתב בזה ועי' לעיל בסימן קכ"ד ס"ק א' מה שכתב בזה יעוש"ה. ומה שכתב הב"ח הנ"ל דאף בדבר שלבל"ע יכול להפקיר דבריו תמוהים דהא מבואר בנדרים פ"ה ב' ובכתובות נ"ט א' דא"א יכול לאסור דבשלבל"ע על חבירו ומה שאוסר על עצמו דבר שלבל"ע משום שיכול לאסור פירות חבירו על עצמו וזה ל"ש בהפקר וכן השיג על הב"ח הותני הגאון מ' ילחק לבי ז"ל אב"ד דסטמייטיץ ועי' בדברי משפט בס"ק ג' מה שכתב לענין מחוסר זמן אי מקרי דבר שלבל"ע והביא ד' המסל"מ בפ"ד מהל' אישות כו' ומיישב קושי' האבני מלואים באה"ע סימן מ"ג ס"ק א' על המסל"מ והאריך בזה ועי' בנו"ב מהדו"ת מאה"ע סימן כ"ד ובתשובות הרא"ש ח"ב סימן ובספמ"מ שם הל' ע' ובנתיבות בסימן ס"ב ס"ק א' ובטיב קידושין בסימן מ"ג ס"ק א' ובדברי חיים בדיני מכירה סימן ל"ד ל"ה ובקונטרס מים חיים שם סימן מ"ה ובספר רביד הזהב פ' כי תלא בפ' כי יקח איש אשה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה והכמ"ל בזה:

(ד) **בהג"ה** ראובן לוה משמעון כו' עי' בתרומת הכרי שכ' להסתפק לענין אם מכר לו מטלטלין בק"ס בענין זה והלך שמעון ומכרן בתוך הזמן מה דינו כו' וכ' דמפ"ב דפסחים גבי עובד כוכבים שהלוה לישראל על חמצו מוכח דאפי' במטלטלין דינא הכי עי"ש בהרא"ש כו' יעוש"ה:

סימן ריב

סעיף א (א) **שאין** בו ממש כו' עי' בספר נחל ילחק בסימן ס' ס"ק ג' מה שכתב לענין אי מהני חיוב על גופו בדבר שאין בו ממש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ג (ב) **ע"מ** שדיוטא עליונה שלי. עי' בט"ז מה שהק' על זה ועי' בנתיבות בס"ק ה' ובדברי משפט בסוף הספר בחידושים מגבן המחבר שם ובדברי חיים בדיני מכירה סימן ל"ו מה שכתב לייסב קושי' הט"ז והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ד (ג) **בונה** והורס כו' וכוא מד' הרמב"ם בפכ"ג מהל' מכירה הל' ו' ועי' בהשגות הראב"ד ובמ"מ שם שכתב דבמוכר שדהו בזמן היובל שהלוקח בונה והורס וה"ה במוכר לזמן קצוב ועי' במסל"מ בפי"א מהל' שמיטה ויובל הל' א' שהק' מד' הירושלמי בסוף פ' השולח דמבואר לדידיה דהקונה בזמן שהיובל נוהג אין הלוקח מכניס אותו כו' ועי' בקצה"ח בסימן רכ"ז ס"ק ג' שכתב דביובל שגוף שלו עד היובל להרוס ולחפור בגוף השדה כאדם העושה בשלו עכ"ד והאריך בזה. ולא ראה ד' הירושלמי אלו דמבואר להדיא דאין הלוקח יכול להרוס ולחפור וכן ראיתי במנחת חינוך מלוה בל"ט אות א' שהשיג על הקצה"ח מד' הירושלמי הנ"ל וכ' שם דאף בזמן היובל מ"מ אם קנה לזמן קצוב דא"י ביובל רק חוזר לזמן כו' בודאי יכול הלוקח לקלקל בגוף השדה כו' ומיישב בזה קושי' המסל"מ מב"ב גבי ולאלעזר בן חרסן נות כו' והאריך בזה יעוש"ה ועי' בקצה"ח בסימן שמ"ו ס"ק ה' מה שהק' על ד' המחבר כאן ועי' בדברי משפט בס"ק ג' מה שכתב לייסב קושי' זו עפ"ד המח"א הל' זכי' סימן י"ח:

סעיף ח (ד) **דכיון** שגמר בלבו כו' עי' לעיל סימן קנ"ט ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן ריח

סעיף יט (א) **ואחר** לשון רוב אנשי המקום. ומשמע מסתימת לשון המחבר דאף להוציא ממון אזלינן אחר רוב אנשי המקום וקשה דהא אין הולכין בממון אחר הרוב וכן ראיתי בספר נחל ילחק בסימן ס"א סעיף ה' ובספר מלבושי יו"ט מאו"מ סימן ו' שהק' קושי' זו והאריכו בזה לייסב יעוש"ה:

סימן רכב

סעיף א (א) **הרי** הוא ע"א בלבד. עי' בקצה"ח בס"ק ב' ובנתיבות בס"ק ג' מ"ש בזה ועי' בספר נחל ילחק בסימן ל' סעיף ב' שכ' דדין של הנתיבות תליא בפלוגתא של הטור והש"ך שם בס"ק י' והאריך בזה ועי' בש"ך בס"ק ב' מה שהביא בשם הגהות אשר"י כו' ועי' בס' מעין גנים כאן ובסימן קע"א מה שכתב והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ד (ב) **בהג"ה** אני הלוקח נאמן. עי' בש"ך ס"ק א' שהשיג על הרמ"א ועי' בבית שמואל אחרון מאו"מ סימן כ"ו ובבית יהודא מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן ל"ג ס"ק ב' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סימן רכג

סעיף א (א) **אפי'** אם הלוקח טוען ברי כו' וכוא מד' הרמב"ם בפ"כ מהל' מכירה הל' י' ועי' במ"מ ובכ"מ ובמסל"מ שם ובסמ"ע בס"ק ב' ובב"ח ובט"ז ובביאורי הגר"א בס"ק א' מ"ש לייסב ד' הרמב"ם ועי' בנתיבות ס"ק ג' שכתב לייסב ד' הרמב"ם עפ"ד התוס' בב"מ ק' א' ד"ה הא מני משום דליכא חזקת מעוברת כו' והאריך בזה ועי' בס"ם שמעתא ד' פ"ד שדרך נמי בדרך זה לייסב ד' הרמב"ם והאריך בזה ועי' בקונטרס הספיקות כלל א' מ"ש בזה והעיקר בכונת הרמב"ם כמ"ש בדברי משפט ס"ק א' לייסב עפ"ד המסל"מ בפט"ו מהל' טוען הל' ט' דאם חפץ מונח ביד שלש כו' ואיכא ספק לא אוקמינן אחזקת מ"ק כיון דהוא בחזקת שניהם חזקת מ"ק לאו כלום הוא וא"כ י"ל אף דכ' הרמב"ם דאם עומדת באגם כו' אוקמי' אחזקת מ"ק דמוכר ועל הלוקח להביא ראי' היינו דוקא באין שניהם עומדים בלד אגם כו' והא דכ' הרמב"ם בז"א א"י וז"א א"י יחלוקו היינו אם עומדת באגם וב' בע"ד עומדין בלידו וכיון דב' בע"ד עומדין בלידו הוא בחזקת שניהם ומש"ה אמרינן יחלוקו עכ"ד והאריך בזה ודבריו נכונים ועי"ש עוד מה שכתב משם בנו לייסב ד' הרמב"ם והאריך בזה ועי' במהרי"ט אלגזי בבכורות י"ח ובהשיב משה סי' ובנודע בשערים ח"ב ביו"ד סימן י"ט ובשערי בינה שער כ' דין כ"ה אות ז' ובס'

ובס' מנחת הבקר בב"מ ק' א' ובמעיני החכמה שם ובספר נחלת דוד סימן א' ב' מה שכתב בד' הרמב"ם הנ"ל והאריכו בזה ועי' לעיל בכללי תפיסה סימן ב' מ"ש בד' הרמב"ם וישבתי קושי' השערי בינה שם והארכתי בזה ועי' בספר חידושי מהרשד"ם באות ח' חזקה דמעיקרא היכי דאיתרע מ"ש בזה יעוש"ה ועי' עוד בנתיבות שהביא ד' מהרש"ל ומהרש"א בפי' ד' התוס' בב"מ שם לענין אי שייך חזקת מ"ק היכא דישנו מוחזק וכ' דהעיקר כמהרש"ל וכ"כ בתרומת הכרי בסי' שא"ן דהעיקר כמהרש"ל כו' וכ' דמד' התוספות בכתובות ע"ו א' ד"ה על כו' מוכח כמהרש"ל כו' והאריך בזה וכ"כ בדברי חיים בדיני מכירה סימן ל"ע דהעיקר כמהרש"ל והאריך בזה ועי' בחכם צבי סימן ב' ובשערי בינה שער י"ב אות י"ג מ"ש על ד' מהרש"ל ומהרש"א הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה ועי' בתשובות רע"א סימן קל"ו שכ' דבההיא דהמחליף פרה בחמור ועומדת באגם כו' אפי' הוי תרי ותרי אם עד שלא מכרה ילדה או אח"כ אפ"ה מוקמי' אחזקת מ"ק דאף דתרי ותרי ספי' דרבנן כו' דוקא במלתא דאיסורא אבל בממון אוקמא אדינא וקיימא, בחזקת מ"ק עכ"ד ועי' לעיל בסי' ל"א ס"ק א' שהבאתי דכן מבואר להדיא בריטב"א ביבמות ל"א א' ובכתובות כ' א' דבממון לא החמירו רבנן רק באיסורא יעוש"ה:

(ב) **ישבע** המוכר כו' עי' בסמ"ע ס"ק ג' שכ' טעם לש"ח זו משום דעובר ירך אמו הוא כו' והוה כעין מודה מקצת ולית בי' הילך גמור כו' ועוד טעם אחר שכמו שתקנו ש"ח בשניס, אוחזין כו' ה"נ בזה עכ"ד ודבריו תמוהים דלטעם הב' קשה מה שסיים המחבר ועל ולד השפחה ישבע היסת וכ' הסמ"ע בס"ק ד' הטעם משום· דאין נשבעין על העבדים ש"ח והא שבועת המשנה שפיר נשבעין על עבדים וכמ"ש הסמ"ע גופי' לעיל בסימן צ"ה ס"ק ז' ובש"ך שם ס"ק ה' ובב"י שם ובמ"מ בפ"ה מהל' טוען יעוש"ה ובשלמא לטעם הא' של הסמ"ע ניחא כיון דמדרבנן לא מקרי הילך ממילא יש שבועה כעין דאורייתא מדין מודה מקצת וזה ל"ש בעבדים דבהו ליכא ש"ד כלל אבל לטעם הב' של הסמ"ע קשה וכן ראיתי בשערי בינה שער כ' דין י"ט אות ד' שהק' כן על הסמ"ע ועוד הק' שם על הסמ"ע והאריך בזה ועי' עוד בשערי בינה שער ה' אות ע"ז ובשער כ' דין ז' שיטה א' דרך א' מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן ס"ה ס"ק ב' מה שהשגתי כעין זה על הסמ"ע שם בס"ק א' יעוש"ה ועי' בט"ז מה שהשיג על טעם א' של הסמ"ע וכ' דכונת המחבר דישבע ש"ד ממש וכן עיקר בכונת המחבר וכ"כ בשערי בינה שם:

(ג) **ואם** הלוקח מוחזק כו' הנה המחבר סתם ולא חילק בין אם טוען הלוקח דוקא ברי או אפי' בטוען שמא ועי' בקצה"ח ס"ק א' ובנתיבות ס"ק ה' ובדברי חיים בסימן הנ"ל מה שכתב בזה:

סעיף ב (ד) **בהג"ה** דאפי' הנתבע טוען ברי כו' והיינו משום דמוקמינן בחזקת מ"ק וא"י להוציא בטענת ברי עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכ' דכן כ' הרמב"ן בחי' ב"ב ל"ד ב' אבל בשימקו"ב בב"מ בסוגיא דהמחליף כ' בשם הרא"ד בהיפוך דבברי ושמא לא מוקמינן בחזקת מ"ק עכ"ד ועי' בנתיבות בס"ק ו' שהביא נמי ד' הרמב"ן והשימקו"ב אלו ועי' לעיל בכללי תפיסה בסימן ב' שהעליתי לדינא דחזקת מ"ק עדיפא מברי והבאתי שם שכ"כ הריטב"א בחידושיו בב"מ ג' א' וגם הרא"ד הנ"ל גופי' ס"ל הכי בתי' הב' הובא בשימקו"ב שם והארכתי בזה יעוש"ה:

סימן רכד

סעיף א (א) **בהג"ה** וי"א דעל בעל הפרה להביא ראי'. עי' בש"ש שמעתא ב' מפ' ז' עד פ' י"ד מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ב (ב) **ועל** הטבח להביא ראי'. עי' בקצה"ח ס"ק ב' שכ' דל"א כל מי שנולד הס' ברשותו אלא היכא דאיכא חזקת הגוף כו' הוא דאין מחזיקין מרשות לרשות כו' אבל בגניבה ואבידה דלא הוי חזה"ג כו' אין מוציאין מידו עכ"ד והביא ראי' מד' הרמב"ם בפט"ז מהל' מלוה כו' ומד' המרדכי בס"פ המדיר כו' והאריך בזה וכ"כ הסמ"ע לקמן בסימן רל"ה ס"ק ל"ה דדוקא היכא דאיכא חזה"ג אמרינן דכל מי שנולד הספק ברשותו כו' אבל היכא דליכא חזה"ג לא אמרינן כן ובנתיבות בחידושים בס"ק ב' כ' דלאו דוקא כשמת אלא ה"ה אם נגנב או נאבד נמי דינא הכי והיינו דלא כהקצה"ח ועי' בשימקו"ב בכתובות ע"ו ב' שכ' דלשיטת התוס' שם לא תליא כלל אם איכא חזה"ג או לא רק כל מי שנולד הספק ברשותו כו' ומש"ה הק' התוס' מההיא דהמחליף כו' אבל לשיטת רש"י דס"ל דל"א כל מי שנולד הספק ברשותו כו' רק אם איכא חזה"ג א"כ ל"ק כלל מההיא דהמחליף דמאי חזקה שייך בולד עכ"ד יעוש"ה וא"כ דין של הקצה"ח והנתיבות תליא במחלוקת רש"י ותוס' דלשיטת רש"י הדין כהקצה"ח הנ"ל ולשיטת התוס' הדין כהנתיבות הנ"ל ועי' בדברי משפט בס"ק א' שהביא ד' השימקו"ב והק' מכח זה על הסמ"ע הנ"ל דס"ל דדוקא היכא דאיכא חזה"ג אמרינן דכל מי שנולד הספק ברשותו כו' והכא מביא קושי' התוספות מההיא דהמחליף הא אם אמרינן דל"א כל מי שנולד הס' ברשותו כו' אלא היכא דאיכא חזה"ג א"כ ל"ק כלל מההיא דהמחליף דמאי חזקה שייך בולד וכמ"ש השימקו"ב הנ"ל עכקוש"י. ובאמת לק"מ וכמ"ש בדברי חיים בדיני מכירה סימן מ"א דכונת הסמ"ע הוא דאף לשיטת רש"י הנ"ל דס"ל דל"א כל מי שנולד הספק ברשותו כו' רק היכא דאיכא חזה"ג נמי קשה מההיא דהמחליף דהא איכא התם חזקת מעוברת המסייע לכאן נמצא וכמ"ש התוס' ב"מ ק' א' ד"ה הא מני דבההיא דהמחליף איכא חזקת מעוברת ואמאי ל"א כל מי שנולד הס' ברשותו כו' וצריך בעל הפרה להביא ראי' דמשום כאן נמצא וחזקת מעוברת ודאי דהשתא ילדה עכ"ד והאריך בזה ושפיר ד' הסמ"ע הנ"ל ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר שם ובספר טור האבן סימן י"א ובספר נחל יצחק בסימן ע"ב ס"ק י"ח מ"ש והאריכו בזה:

ועי' בהגהות חכמת שלמה שכ' לענין אם א' לקח חפץ מחבירו ונמצא בו כתם ולא נודע אצל מי נעשה הכתם כו' ונפ"מ הולאות הכביסה על מי חל דבר זה יש ללמוד מד' התוס' נדה כ"ח א' ד"ה ולענין כו' דתי' כיון דאין ממש שלה רק שאול בידה לא נחשב ברשותה ממש ועוד תי' דהתם אם ירצו להוציא צריך להביא ראי' ותי' הב' תמוה מאד מסוגיא דמומין כו' דאפי' אם בא להחזיק צריך להביא ראי' כו' ולכך העיקר כתי' הא'. וא"כ מוכח דאם קנה כה"ג כו' מ"מ כיון שנולד ברשותו עליו לכבסו אבל אם בשאלה אירע כה"ג כו' בזה פטור מס' כו' עכ"ד וכ' לעי' בחיבורו מי נדה מ"ש בפי' התוס' ויוציא מזה לדינא דכאן וראיתי במי נדה שם שכ' לפרש ד' התוס' בתי' הב' הנ"ל עפ"ד התוס' בחולין נ"א א' ד"ה המוציא כו' בתי' הא' שם וכ' דכונתם דהתם דבא להוציא היינו דשם עיקר טענתו לבטל המקח מעיקרא ולכך הוא בא להוציא מרשות שלו כו' ובאמת נולד ברשותו ולכך עליו הראי' להוציא מרשותו אבל כאן אין כונתו להוציא דבר מרשותו רק לפטור א"ע ממומון א"כ בא בכל טענתו רק להחזיק ולא להוציא שום דבר מרשותא לכך לא אזלינן בתר מה שנולד הס' ברשותו ואינה מחויבת לכבסו עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה.

ולפ"ד

ולפ"ד בנדון הנ"ל אין הלוקח חייב לכבס רק המוכר לפי תי' הב' של התוס' נדה הנ"ל ולפ"מ שפי' בנה"ל יצחק שם דכונת התוס' הנ"ל הוא דדוקא בטבח שנתחייב בדמי המכירה בעת שקנה הבהמה כו' דהוי כמו דאתחזק חובה עליו דהא בעת שקנה או שנשאה הוחזק לפנינו חזקת חיוב במה שנתחייב אז ע"כ אין אנו מבטלין ע"י ס' למה שהוחזק לנו כן כיון דיש להלות הריעותא מצד סיבת הרשות שנמצא בו משום כאן נמצא כו' אבל בחיוב שומרים לענין כבוס הכתם דעד עת שנמצא הכתם הי' עומד בחזקת פטור כו' בזה לא דנין להכלל דכל הנולד ס' ברשותו כו' דאדרבה בחזקת פטורא קאי ומוקמינן לי' בחזקת פטור עכ"ד והאריך בזה יעוש"ה . ולפ"ד בנדון הנ"ל חייב הלוקח לכבס אף לפי תי' הב' של התוס' נדה הנ"ל וא"כ לענין דינא נ' עיקר דחיוב הכביסה חל על הלוקח כיון דלפי תי' הא' של התוס' הנ"ל בודאי חל על הלוקח ואף לפי תי' הב' הנ"ל נמי י"ל כן וכן עיקר לדינא ועי"ש עוד בדברי משפט מה שהביא בשם עבודת הגרשוני סימן פ"ז ומשם השב יעקב סימן ו' ומ"ש הוא על דבריהם והאריך בזה יעוש"ה :

סימן רכה

סעיף א (א) **אפי'** מכר הקרקע בשטר . עי' בש"ך ס"ק א' מ"ש לענין המוכר שדהו בעדים אי אמרינן אחריות ט"ס הוא ועי' לעיל בסימן קע"ז ס"ק א' מה שכ' והארכתי בזה יעוש"ה :

סימן רכו

סעיף א (א) **לעשות** דין עם לוי . עי' בקצה"ח ס"ק א' מה שכתב להסתפק אם נשבעין שבועת התורה ע"י גלגול בנוטלין כו' ועי' לעיל בסימן ל"ד ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ה (ב) **בהג"ה** שיש לו שוברין על החובות . עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א מה שכתב בזה :

הלכות אונאה ומקח טעות

סימן רכז

סעיף ד (א) **אבל** המתאנה א"י לחזור . עי' בדברי משפט ס"ק ב' מ"ש להסתפק לענין אם מי דנתאנה אמר דאינו רוצה בקיום מקח ואח"כ אמר דרוצה בקיום מקח כו' אם המתאנה יכול לבטל המקח וכ' דדין זה תליא במחלוקת הבעה"מ והרמב"ן במלחמות ב"ב פ"ד כו' והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף ו (ב) **יש** להסתפק אם מותר להונות כו' והוא מד' הרא"ש בפ' הזהב סימן כ' שכ' להסתפק בזה ובחינוך במצוה של"ז כ' בהדיא דבפחות משתות אין איסור כלל ועי' במנחת חינוך שם באות א' דמתחלה רצה לומר דגם הרמב"ם ס"ל כן ואח"כ דחה והאריך בזה יעוש"ה אך הרמב"ן עה"ת פ' בהר כ' בהדיא דאף בפחות משתות אסור להונות ועי' בפ"י בב"מ נ"ו א' ד"ה אלו דברים שכ' בפשיטות דאף בפחות משתות אסור להונות כו' מסברת עצמו ולא הביא דדין זה הוא מחלוקת הרמב"ן והחינוך הנ"ל ועי' בדברי משפט בס"ק ד' מ"ש בזה ועי' בתפארת ירושלים בב"מ אות ל"ה שכ' דאסור להונות ע"מ להחזיר והביא ראי' מגריבותא דרבא בב"מ שם ס"א א' ל"ל דכתב רחמנא לאו בגזל לאו ברבית לאו באונאה משמע דכולם שוים הא דאי לא לא הוה אפשר למילף מהדדי עכ"ד יעוש"ה :

סעיף ז (ג) **ולא** לתבוע אונאתו . עי' בש"ך ס"ק ד' שהניח בצ"ע היכא שנ"ג נתן המעות ועי' בתשובות ר' משולם איגרא הנדפס מחדש חחו"מ סימן כ"ג מה שכתב והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף ט (ד) **בהג"ה** על המתאנה להביא ראי' . עי' בקצה"ח ס"ק ז' מה שהק' על זה מד' הטור בשם הרמ"ה באה"ע סימן מ"ו ועי' בנתיבות ס"ק ח' מ"ש ליישב בטוב ועי' באבני מלואים באה"ע סימן ל"א ס"ק י"ג מה שכתב והאריך בזה ועי' בהגהות חכמת שלמה מ"ש ליישב קושי' זו ואח"כ כ' דדין זה הוא מחלוקת רש"י ותוס' בערכין י"ח כו' ומסיק דדין זה הוי ספיקא דדינא :

סעיף כא (ה) **ע"מ** שאין לך עלי אונאה . עי' בדברי חיים בדיני אונאה ומק"ט סימן ב' ובספר מנחת הבקר בב"מ נ"א א' מה שכתב והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף כו (ו) **חמור** מישראל . עי' לעיל בסימן כ"ח ס"ק ט' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

סעיף כט (ז) **העבדים** כו' עי' ברמב"ן עה"ת פ' בהר שכ' דאף בעו"ש וקרקעות עובר בלאו דלא תונו רק דין אונאה להחזיר או ביטול מקח אין בהם וכ"כ החינוך בשם הרמב"ן במצוה של"ז ועי' בארעא דרבנן במערכת אות א' סימן י"ג שהביא ד' הרמב"ן אלו ובהגהות עפרא דארעא שם הק' על הרמב"ן דמשמעות הלשון חז"ל שאמרו אין אונאה בקרקעות משמע דליכא איסור אונאה כלל ודומיא דשטרות והקדשות כו' עכקוש"י יעוש"ה . ולא ידענא מאי קשי' לי' להרמב"ן הנ"ל אף בשטרות והקדשות נמי אין בהם לאו דלא תונו. עוד הק' שם להרמב"ן הנ"ל הי' ראוי שילקה על אונאת קרקעות כיון דלא ניתן לתשלומין ודוחק לומר כיון דנכלל עם המטלטלין ובמטלטלין ל"ש מלקות ולכך חזר הלאו כולו דאינו בר מלקות עכ"ד נמי לק"מ דהא כ' הרמב"ן והחינוך הנ"ל שם הטעם שאין אונאה לקרקעות משום מחילה א"כ מש"ה אין לוקין כיון דבר תשלומין הוא רק דחבירו מחל לו וכ"כ במנחת חינוך שם הטעם דאין לוקין ובפי' ד' הרמב"ן והחינוך הנ"ל ועי"ש עוד במנחת חינוך מ"ש בדעת הרמב"ם אי ס"ל כהרמב"ן והאריך בזה . אך התוס' בפ' א"נ ס"א א' ד"ה אלא כו' שהק' היכי ילפינן גזל מאונאה הא גזל שייך בעבדים ואין אונאה שייך בעבדים יעוש"ה מבואר להדיא מדבריהם דס"ל דאין לאו דאונאה כלל בעו"ש וקרקעות דנתמעטו מהלאו לגמרי דלא כהרמב"ן והחינוך הנ"ל וכ"כ במנחת חינוך שם ובמשל"מ בפ"ד מהל' מלוה הל' א' ובמעין החכמה ע"ד א' בלאו דאל תונו דהתוס' לא ס"ל כהרמב"ן הנ"ל ועי"ש עוד במעין החכמה שהניח בצ"ע להרמב"ן הנ"ל שאינו בתורת השבון אם לוקין על אונאתן ובאמת שפיר י"ל דאין לוקין דהטעם משום דמחל לדעת הרמב"ן וכמ"ש במנחת חינוך הנ"ל ועי"ש עוד במנחת חינוך ובמעין החכמה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן רכח

סעיף ו (א) **בחזקת** שהיא כו' עי' בתרומת הכרי מה שכתב והאריך הרבה בזה יעוש"ה :

סימן רלב

סעיף טז (א) **המוע"ה**. ע"ל בסמ"ע ס"ק ל"ה שכ' דדוקא היכא דאיכא חזה"ג אמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו כו' ועי' לעיל בסימן רכ"ד ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף יח (ב) **בהג"ה** נשבע שא"י כו'. עי' בש"ך ס"ק י"ג שכ' דכיון שהלוקח אומר ברי לי שהי' בו בדיל א"כ ה"ל כאומר ברי לי שאתה חייב לי והלה משיבו א"י אם אני חייב לך נשבע שא"י עכ"ד. ועי' בש"ך לקמן בסימן רכ"ה ס"ק י"ג שהגיה דין זה בצ"ע אי חשוב טענת ברי ועי' בתשובות בית אפרים חחו"מ סימן ס' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף יט (ג) **הוי** מקח טעות. עי' בש"ך ס"ק ט"ו שהביא בשם מהרשד"ם שכ' דאם הלה טוען שיודע בבירור שממנו לקח הרעים והלה טוען א"י אם הם שלי צריך לשלם כו' כדין א"י א"פ עכ"ד ועי' לעיל בסוף הימן ע"ה בט"ז שחולק על מהרשד"ם וס"ל דלא הוי כא"י א"פ ופטור הלוה ועי' בהגהות אבן עוזר שהשיג על מהרשד"ם מד' חידושי הרשב"א בסוף פ"ק דגיטין שהביא הש"ך לעיל בסימן קכ"ו ס"ק י"ט וכן הביא התומים לעיל בסימן ע"ה ס"ק כ"ב ראי' להט"ז מד' הרשב"א הנ"ל וכן הביא הפ"ת בס"ק ט' בשם הדגול מרבבה שהשיג נמי על מהרשד"ם מד' הרשב"א הנ"ל ועי' בשערי בינה שער י"ב אות י"ז שדחה ראי' התומים מד' הרשב"א ועי' בהגהות אמרי ברוך ובהגהות חכמת שלמה מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן ע"ה ס"ק י"ג מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף כג (ד) **כי** הדדי נינהו כו' עי' בנתיבות ס"ק י"ב מה שהשיג על הפרישה כו' וכ' דלעולם לא אזלינן בממון בתר רובא להוציא מיד הלוקח כו' ועי' בשעה"מ ס"ק ה' שכ' דדין זה כו' אם מוציאין מיד הלוקח המוחזק תליא בפלוגתא שבין הרמב"ן להרא"ש דסעיף י"ב לענין טריפות דסירכא אם מבטלין המקח והאריך בזה ועי' בדברי חיים בדיני אונאה ומק"ט סימן ד' מ"ש והאריך בזה ועי' עוד בנתיבות שכ' להסתפק אם תפס הלוקח וטוען ברי אם מהני כיון דרובא מסייע לי' כו' ומסיק דלא מהני תפיסה ועי' לעיל בכללי תפיסה סימן ו' שהוכחתי דבתפס וטוען ברי ורובא מסייע לי' מהני תפיסה יעוש"ה ועי' בהגהות חכמת שלמה מ"ש לענין הא דאמרינן אין הולכין בממון אחה"ר אם הוא מה"ת או מדרבנן ומ"ש ליישב הקושי' דלמה חייבה תורה באונס ומפתה הקנס לאבי' דלמא לאו אבי' הוא כו' ועי' לעיל בסימן הנ"ל ובסימן ל' ס"ק י' מ"ש והארכתי בזה ועי' בספר תפארת יוסף חיו"ד סימן ט' שכ' דהא דאין הולכין בממון אחה"ר היינו דוקא היכא דהמוחזק טוען ברי כוו ומדייק כן מד' הרשב"ם ב"ב ל"ג א' ד"ה ונמלא כו' ובד"ה לא אזלינן כו' והאריך בזה יעוש"ה :

(ה) **בהג"ה** דהוי כבע"ת. והוא מהנ"י בפ' המוכר פירות ובאמת ד' הנ"י סותרים זא"ז דבפ"ק דב"ק ז' א' הביא בשם הרמ"ה דגבי מקח טעות ה"ל מוכר כגזלן כו' הרי להדיא דס"ל דמוכר דין מזיק יש לו וא"כ להפוס' דס"ל דהמזיק יכול ליתן קרקע אף במכר כן רק דהרמ"ה ס"ל דאף במזיק צריך ליתן זוזי ולא סובין וכן ראיתי בספר פרת יוסף בקו"א שהק' על הרמ"א שלא העיר דדברי הנ"י סתרי אהדדי והביא ד' הירושלמי בסוף פ"ב דקידושין והאריך בזה ועי' בכתובה פסים בריש פ' הפרה שהק' אהדדי ד' הנ"י דשם לד' הנ"י דפ"ק דב"ק הנ"ל והניח בצ"ע יעוש"ה :

סימן רלד

סעיף ג (א) **ואין** המוכר מחזיר לו כלום. עי' בנתיבות בס"ק ג' שכ' דאף דבאיסורי תורה אפי' אוכלן בשוגג צריך כפרה ותשובה להגין על היסורים מ"מ באיסור דרבנן א"צ שום כפרה וכאלו לא עבר דמי תדע דהא אמרינן בעירובין מ"ז בדרבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן תיובתא ואלו הי' נענש על השוגג היאך אנו מניחין לו לעבור ולקבל עונש ש"מ דאינו נענש כלל על השוגג באי' דרבנן עכ"ד ולפמ"ש הרדב"ז ח"א סי' י"ט דל"א בדרבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן תיובתא אלא כשהרב יודע הדין וברור לו יעשה מעשה ואחד מן התלמידים יש לו ספק או קושי' על המעשה אבל אם הרב בעל המעשה מסתפק באיזה דין והספרים מלוים בידינו לא נאמר כיון שיש לנו ס' והוא מדרבנן נעביד עובדא ברישא ואח"כ נבקש הדין אלא בתחלה צריך לברר הדין ואח"כ נעשה מעשה עכ"ד. והובא דבריו ביד מלאכי בכללי הב' סימן ק"ה וא"כ אין ראי' כלל דשוגג א"צ כפרה דש"ה כיון דהדין ברור לו ואין לו לחוש שמא יסתור הדין בקושי' דע"פ רוב לא יסתור הדין שברור לו באיזה קושי' רק בדאורייתא חיישינן אף בכה"ג אבל בדרבנן לא חיישינן שמא יסתור הדין וסמכינן על הרוב ואין ראי' מנסם ושפיר י"ל דשוגג צריך כפרה. וכן ראיתי בדברי חיים בדיני נזקי ממון סימן א' בד' בן המחבר שם שהשיג כן על הנתיבות מד' הרדב"ז אלו ועוד השיג עליו מן המשנה דתרומות פ"א משנה ב' כו' ומד' רש"י בחולין ה' ב' ד"ה היכי כו' ומד' הרמ"א ביו"ד בסוף סימן קכ"ג והאריך בזה. ושוב ראיתי בספר עין יצחק חאה"ע סי' ס"ז שהשיג על הנתיבות מד' הרדב"ז הנ"ל וגם הביא ד' המשנה דתרומות הנ"ל ואח"כ דחה זה עפ"ד התוס' בעירובין ל"ב א' ד"ה תאנים כו' שכ' דאף דתרומת פירות מדרבנן כו' כיון דעיקר שם מעשר מה"ת השיב לי' כשל תורה כו' וגם הביא ד' הרמ"א ביו"ד הנ"ל וכ' דיש לחלק קצת משום דהא התמירו בשתם יינם בהנאה לכתחלה כו' ואח"כ הביא ד' רש"י בחולין הנ"ל דמוכח דלא כהנתיבות והאריך הרבה בזה ומסיק דאף שוגג דרבנן צריך כפרה דלא כהנתיבות הנ"ל ועי' בנחלת יעקב ח"ב בתשובות הגאון ר' אברהם תאומים בסימן ד' שכתב דסברת הנתיבות הוא משום דבדאורייתא ספיקא לחומרא ובדרבנן ספי' לקולא כו' ובאתחזיק איסורא או כדפיל"מ דאף בדרבנן לחומרא בזה צריך כפרה אף בשוגג ומיישב בזה קושי' השארית יוסף על המהרי"ק והאריך בזה ועי' ברמ"ך חחו"מ סימן ב' וסימן ל"ה מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סימן רלה

סעיף ז (א) **קטן** שקנה קרקע כו' עי' בקצה"ח ס"ק ד' שכ' בדעת הרמב"ם והרשב"א דס"ל דהא דקטן זוכה כשדעת אחרת מקנה אותו הוא מדין זכי' דזכין לקטן כו' והאריך בזה וכ' אבל התוס' ס"ל דדעת אחרת מקנה אותו אינו מגדר זכי' כו' ועי' בקצה"ח לקמן בסימן רמ"ג ס"ק ז' מ"ש בזה ועי' בתשובות בית אפרים חחו"מ סימן א' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה. ודעת הר"ן בחידושיו לב"מ י"א א' דקטן אין לו זכי' מדאורייתא אף בדעת אחרת מקנה אותו ועי' בדברי משפט ס"ק א' מה שהק' מד' החידושי הר"ן בגיטין ס"ד כו' ומ"ש ליישב והאריך בזה ועי' עוד בקצה"ח מ"ש בד' הרשב"א לענין קני דרבנן אי נעשה שלו מה"ת ועי' בנתיבות בס"ק י"ג ובדבר משפט

משפט בס"ק הנ"ל מה שכתב בזה ועי' לעיל בסימן קל"ד ס"ק א' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף יד (ב) **שוב** א"י למחות. עי' בנתיבות בס"ק י"ז מה שהביא קושי' הקצה"ח ומ"ש ליישב ועי' בספר ליוני חחו"מ סי' י"ג מ"ש על הנתיבות והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף כא (ג) **בהג"ה** בחזקת המוכר כו' עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהביא ד' הרשב"א בתשובה שכ' דדוקא בכה"ג דהוי תרי ותרי בעיקר המכירה אבל בתרי ותרי על תנאי כו' העמיד הקרקע בחזקת הלוקח עכ"ד. ועי' לעיל בסימן כ"ט ס"ק ו' מ"ש על ד' הרשב"א אלו והארכתי בזה יעוש"ה ועי' עוד בגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה:

סימן רלז

סעיף א (א) **נקרא** רשע. עי' בתשובות בית אפרים החו"מ סימן כ"ו כ"ז ובבית שמואל אחרון בתשובות שם סימן ו' ז' ובכנה"ג חחו"מ בענייני חזקות סימן י"ב וסימן כ"ז ובספר ארץ צבי חיו"ד סימן ה' ובתשובות מהריא"ז ענגיל סימן ס"ט מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

הלכות מתנה

סימן רמא

סעיף ג (א) **המוחל** לחבירו כו' עי' בהגהות חכמת שלמה מה שהק' ומ"ש ליישב וכבר קדמו הדברי משפט ס"ק א' בזה ועי' בנתיבות ס"ק ד' מ"ש בזה:

סעיף ז (ב) **והקדישו** כו' עי' בקצה"ח מס"ק ד' עד ס"ק א' ובנתיבות מס"ק ה' עד ס"ק י' ובשעה"מ ס"ק ב' ובדברי משפט ס"ק ג' ובסוף הס' בחידושים של בן המחבר ובמשל"מ בפ"ג מהל' זכי' הל' י' ובשעה"מ שם ובמקור חיים בסימן תמ"ח ס"ק ע' ובחמדת שלמה החו"מ סימן י' י"א ובאבני מלואים באה"ע סימן כ"ח ס"ק כ"ג ובטיב קידושין שם ס"ק נ"ח ובסי' כ"ט ס"ק א' ובמהר"ם מינץ סי' י"ח ובדברי חיים בדיני מתנה מסימן א' עד סי' ז' ובקונטרס מים חיים שם בסימן מ"ח ובספר עמק יהושע סימן י"א ובספר הפלאות נדרים בנדרים כ"ז א' ובגודע בשערים ח"א בחידושיו לגיטין כ' ב' ד' ד"ה א"ר כו' ובתשובות מהריא"ז ענגיל סימן כ"ב ובספר בגדי ישע חאו"ח סימן ב' ג' מ"ש והאריכו בזה ועי' בביאורי הגר"א ס"ק כ"ט ועי' בספר ליוני ח"ב סימן כ"ח כ"ט מ"ש עליו והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף יב (ג) **כשהי'** תנאי זה כו' עי' בקצה"ח ס"ק ט' ובנתיבות ס"ק י' י"א ובדברי משפט ס"ק ה' ובהמקנה בקידושין ו' ב' ד"ה לא הזירו ובאבני מלואים שם בסימן כ"ט ובישועות יעקב שם ס"ק א' ב' ובטיב קידושין שם ס"ק א' ובתורת גיטין שם בסימן קמ"ג מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(ד) **בהג"ה** אין הנותן צריך ליתן. עי' בסמ"ע ס"ק כ"ו שכ' דמ"מ הנותן חוזר על המוכר לו באחריות כו' ועי' בשעה"מ ס"ק ד' מה שהביא מד' הרשב"א בחידושיו בפ"ק דקידושין כ"ז א' כו' והאריך בזה ועי' בדברי חיים בדיני מתנה סימן ז' מ"ש על ד' הסמ"ע והרשב"א אלו והאריך בזה יעוש"ה:

סימן רמג

סעיף ז (א) **און** ע"מ כו' עי' בתרומת הכרי מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף יא (ב **אפי'** אמר כתבו וזכו כו'. עי' בסמ"ע ס"ק כ' שכ' הטעם משום דא"א מקנה דבר שלבל"ע כו' ועי' בנתיבות ס"ק ו' מ"ש בזה והק' מסה דמהני השליחות בגט לומר כתבו ותנו ועשה אותן שלוחין על הנתינה אף שעדיין לא נכתב ומיישב זה וכבר הקדימו בקושי' זו במח"א בפ"ג מהל' גירושין הל' ע"ו וכ' ליישב דכיון דבידו לעשותו קרוי שפיר דבר שבל"ע כו' ודחה מפני זה ד' התוס' בנזיר י"ב א' ד"ה באשה כו' ולפמ"ש הנתיבות ליישב קושי' הנ"ל שפיר ד' התוס' דנזיר הנ"ל ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים של בן המחבר בסי' קכ"ו סעיף כ' שהק' קושי' הנ"ל על רש"י בגיטין ס"ג ב' ד"ה כתבו כו' והוכיח מכח קושי' זו דרש"י ס"ל דיכול לעשות שליח לדבר שלבל"ע שיחול השליחות כשיבואו לעולם יעוש"ה ועי' עוד במח"א הל' שלוחין סימן כ"ו מ"ש בזה:

סעיף יד (ג) **נעשה** שליח כו' עי' ש"ך ס"ק ה' שהביא בשם המ"ב דעובד כוכבים לעובד כוכבים נעשה שליח ועי' במג"א באו"ח סימן תנ"ח ס"ק ד' שהשיג על המ"ב מהירושלמי בפ"ו דדמאי ועי' בב"ש באה"ע סימן ה' ס"ק י"ט שכ' דהתה"ד חולק על המ"ב וס"ל דאפי' עובד כוכבים לעובד כוכבים אינו נעשה שליח ובאמת בתרה"ד שם מבואר הטעם משום דאין שליח לד"ע ועי' במשל"מ בפ"ב מהל' שלוחין הל' א' שהשיג על המ"ב מהירושלמי בריש תרומות ועי' במח"א הל' שלוחין סי' י"ד ובברכי יוסף באה"ע שם ס"ק ע"ז ובברית אברהם חאו"ח סימן כ"ח אות ה' מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' ל"ב ס"ק ב' שהבאתי ראי' להמ"ב הנ"ל מד' המדרש רבה בפ' בראשית פ' ל"ד סימן י"ט יעוש"ה:

סעיף טו (ד) **בשיש** דעת אחרת מקנה. עי' בקצה"ח ס"ק ב' מה שהביא בשם הפר"ח דמותר ליתן לכהן קטן פדיון דחמש סלעים דבן כו' ומ"ש עליו והאריך בזה ובנתיבות בס"ק א' השיג עליו ועי' ביד אפרים ביו"ד סימן ס"א סעי' א' ובדברי משפט בסימן ק"ה ס"ק ב' ובחתם סופר חיו"ד סי' רל"ב ובספר אמרי בינה ה"א בדיני פדיון הבן סימן א' ובספר עונג יו"ט חיו"ד סי' ל"ט מ"ש והאריכו בזה ועי' עוד בפר"ח שם שכ' דגבי פדה"ב ושאר מתנות כהונה אפי' נתינה בע"כ שמי' נתינה ועי' בקצה"ח ובנתיבות וביד אפרים שם ובאמרי בינה שם סימן ב' ובשעה"מ בפ"ג מהל' אישות הל' יה' ובמנחת חינוך מצוה של"ב אות א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(ה) **בהג"ה** אבל במציאה לא. עי' בש"ך ס"ק ו' שהשיג על רמ"א וכ' דהא דאמרינן בפ' הנזקין דמציאות חש"ו יש בו מפני ד"ש היינו בקטן שהוא פחות מזה והביא ראי' מהירושלמי בפ"ד דמע"ש ובעירובין בפ' חלון ובפ' הנזקין כו' והאריך בזה ועי' בקצה"ח ס"ק ה' ובנתיבות ס"ק ט' ובדברי

משפט

משפט ס"ק ב' ובמח"א הל' זכי' ומתנה סימן ד' ובפ"י בגיטין ס"ד ב' בתוס' ד"ה שאני כו' ובהגהות חכמת שלמה ובספר עונג יו"ט שם סימן ק"ד ובספר פרת יוסף סימן ל"ט מ"ש להשיג על הש"ך והאריכו בזה :

סעיף יח (ו) **אפי'** בן יום אחד . עי' בקצה"ח ס"ק ז' שהביא ד' הגה"כ ביו"ד סי' ש"ה סעי' י' שהשיג על הט"ז שם וכ' דיש כח לב"ד לפדותו כו' והשיג על הגה"כ והאריך בזה ועי' בחת"ם סופר שם סימן רל"ה ובחמדת שלמה חיו"ד סימן ל"א ל"ב ובעצי לבונה שם וביד אברהם שם ובאמרי בינה שם סימן ג' ובספר הפלאות נדרים בנדרים ל"ו ב' ד"ה איבעי' להו מ"ש והאריכו בזה. ובעיקר דין זה דזכין לאדם שלא בפניו אי הוי מטעם שליחות או לאו עי' במח"א הל' זכי' ומתנה סימן ו' ובברית אברהם חאה"ע סימן ק"א ובתשובות בית אפרים חחו"מ סימן א' ובנודע בשערים ח"א סי' ע' ובחידושיו לגיטין י"ג א' ובס' מנחת עני חאו"ה סי' י"ח ובספר עונג יו"ט שם מסי' ק"ז עד סי' קי"א ובספר ברית יעקב חאה"ע סימן ס"ז ובספר קרני ראם ברים פסחים ד"ה אור כו' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(ז) **ולגדול** כו' . עי' בקצה"ח בס"ק ח' שהביא ד' התה"ד בסי' קפ"א לענין המשרתת שלשה עיסה כו' והשיג עליו מד' התוס' והרשב"א בנדרים ל"ו ב' גבי התורם משלו על של חבירו כו' ומד' התוס' בנזיר י"ב כו' והאריך בזה ובאמת מד' הרמב"ן בחידושיו לגיטין נ"ב ב' שכ' דגם בהפרשת פירות חבירו על חבירו מועיל ואמרינן זכין כו' יעוש"ה משמע כהתה"ד . וכן ראיתי בהגהות אמרי ברוך ביו"ד סימן של"א שהביא ד' הרמב"ן אלו כו' וכ' דמד' הר"ן בגיטין שם מוכח דלא כהתה"ד ועי' בברית אברהם שם באות י"ע שהשיג על הקצה"ח וכ' דגם התוס' בנדרים הנ"ל ס"ל כהתה"ד והאריך בזה . ועי"ש עוד בברית אברהם ובדברי משפט בסימן קל"ה ס"ק א' ובעצי לבונה ביו"ד שם ובחידושי רע"א בב"מ כ"ב א' ד"ה והא כו' ובמהר"ם מינץ סי' י"ז ובדברי חיים בדיני אבידה סי' ג' ובס' תפארת יוסף חיו"ד סי' ל"א ובס' עמק יהושע בסימן כ"א ובספר עונג יו"ט חיו"ד סימן ק"ט ובספר הפלאות נדרים בנדרים שם מ"ש בד' התה"ד הנ"ל והאריכו בזה . ועי' בספר עין יצחק חאה"ע סימן ב' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח מד' התוס' נזיר הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה וכ' העונג יו"ט שם די"ל דפועל עדיף משליח לענין זה דידו כיד בעה"ב כו' ואין בזה משום לדעתיכם כו' וכ' דיש להסתפק לענין שליח לד"ע אי הוי דין שליח בפועל או לא כו' ועי' לעיל בסי' קפ"ב ס"ק ג' ובסימן קפ"ה ס"ק ב' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה :

סעיף כג (ח) **קטנה** זכתה לה חצר כו' . עי' בש"ך ס"ק י' מה שהק' על זה ועי' בדברי משפט ס"ק ד' מ"ש ליישב קושי' הש"ך עפ"ד הר"ן בר"פ האיש מקדש ועפ"ד התוס' בכתובות י"א א' גבי גר קטן כו' והאריך בזה ועי' במעין גנים בסימן קל"ח סעיף ה' מ"ש בזה . עוד הק' הש"ך ד' הר"ן אהדדי ועי' בנתיבות בפתיחה לסימן ר' ובדברי משפט בס"ק ה' ובברית אברהם חאו"ח סימן כ"ח אות ו' ובמעיני החכמה בב"מ י"א א' ובדברי חיים בדיני מתנה סי' ח' ובספר פרת יוסף סימן ל"ט מ"ש והאריכו בזה ועי' בקצה"ח ס"ק י"א ובסימן קל"ד ס"ק ג' ובמקור חיים בסי' תמ"ח ס"ק ה' ובסימן ת"מ שם ובתשובות רע"א סי' קל"ג ובתוס' רע"א במשניות בב"מ אות כ' ובתפארת ירושלים שם ובספר הר הכרמל חאו"ח סימן י"ג ובתשובות בית אפרים בסימן הנ"ל ובסי' ס"ה ובספר טור האבן סימן ל"ה ובנו"ב מהדו"ת חאו"ח סימן ס"ג ובנודע בשערים ח"ב באו"ח סימן ז' ח' ובספר בגדי ישע חאו"ח סימן ב' ד' ובספר עונג יו"ט חאו"ח סימן כ"ח כ"ט ובפרת יוסף סימן מ"ט נ"ח מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן רמד

סעיף א (א) **בשטר** מתנה . עי' בקצה"ח ס"ק ב' שכ' דאם עושה שליח להוליך מתנה לפי' אין שליח יכול לעשות שליח אחר כו' ובנתיבות בס"ק א' השיג עליו וכ' דבמסר המתנה לשליח יכול לעשות השליח הא' שליח אחר כו' וכ"כ בדברי משפט ס"ק א' דיכול לעשות שליח שני והשיג על הקצה"ח והאריך בזה . ועי' בס' ליוני חאו"ח סימן ז' ח' ט' מ"ש בזה ועי' בדברי משפט בסוף הס' בחידושים של בן המחבר שם שכ' דאם אמר הנותן שהמתנה יהי' בשליחותו ויהי' כמו שהוא נותן דבזה א"י שליח לעשות שליח דהוי מילי כו' והביא ראי' מד' התוס' גיטין ס"ו ב' ד"ה הא כו' ועי' עוד בקצה"ח ס"ק ג' מה שהביא בשם הג"פ סימן ק"כ כו' ומ"ש עליו ועי' בדברי משפט בסוף הס' בחידושים שם מה שהשיג על הקצה"ח והאריך בזה ועי"ש עוד בחידושים מה שהשיג על המח"א הל' שלוחין סימן א' במ"ש ליישב קושי' הסמ"ע ס"ק ה' והאריך בזה יעוש"ה :

סימן רמה

סעיף י (א) **בהג"ה** ואם יש לו בע"ח כו' . וכ' הסמ"ע בס"ק י"א דמיירי בבע"ח שיש לו על המקבל שטר בעדים כו' ובט"ז השיג על הסמ"ע וכ' דה"ה במלוה ע"פ כיון שאין לו במה לשלם רק מזה אין בידו להפקירו ולהזיק בידים לחבירו ויש הוכחה לזה מהא דקי"ל דא"כ לומר על מה שת"י שהוא של אחרים כו' ואי יכול להפקירו יהא נאמן במגו כו' אלא ע"כ דאין לו להפקירו עכ"ד ועי' בקצה"ח ס"ק ב' שדחה ראי' הט"ז אך כ' דבעיקר הדין כ' כהט"ז דאפילו במלוה ע"פ בע"ח גובה מהפקר והביא ראי' מלקמן סימן ער"ה סעיף ל"א כו' ועי' בשעהמ"ש ס"ק א' שדחה נמי הוכחה של הט"ז הנ"ל וכ' דאישתמיט להט"ז ד' הה"מ בפ"א מהל' טוען כו' וכ' דלדינא העיקר כהט"ז והביא ראי' מדברי הרמ"א בסימן ער"ה סעיף כ"א ותמה על הסמ"ע והט"ז שהעלימו עין מד' הרמ"א הנ"ל וכ"כ הנתיבות בס"ק ה' דבע"ח גובה מהפקר ועי' בנתיבות בסימן קל"ד ס"ק א' שלא כ"כ . ובאמת מבואר כן בחידושי הרשב"א בב"ק מ"ט ב' ד"ה משכונו דבע"ח גובה מהפקר והובא בשיטמקו"ב שם וכן איתא בתולדות אדם להרשב"א סי' רכ"ב ועי' בדברי חיים בדיני הפקר סימן א' ובספר נחל יצחק בסימן ק"ז ס"ק א' ובסימן ק"א ס"ק ד' ובספר ישועות ישראל בסי' ל"ע ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה :

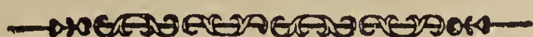
סימן רמח

סעיף ז (א) **בהג"ה** זרעה עומד במקומה . עי' בנתיבות ס"ק י"ג שכ' דאם נולד זרע אח"כ לא קנה דא"א מקנה דבר שלבל"ע והביא ראי' מתשובות הרא"ש כלל פ"ד סימן ב' כו' . ועי' בדברי משפט ס"ק ד' ובדברי חיים בדיני מתנה סימן י"ב מ"ש על ד' הנתיבות ועי"ש עוד בד"ח סימן י"ד ובפתח הבית בדיני מתנה בסימן ל"ה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן רמט

סעיף א' (א) **האומר** ליתן מתנה. עי' בט"ז שכתב דמי שנותן לחבירו מתנה ולאחר שבא לידו או' איזה תנאי על המקבל אפילו הוא תוך כ"ד אין כאן תנאי עכ"ד ועי' לעיל בסימן קל"ה ס"ק ה' מ"ש על ד' הט"ז אלו יעוש"ה:

סעיף ג (ב) **הנותן** מתנה לעבד כו'. עי' בקצה"ח ס"ק א' שהביא ד' הפרישה ביו"ד סי' רס"ז שכ' דאם אומר לעבד ע"מ שתעשה בו דבר מיוחד דמהני ולא זכה בו האדון והט"ז שם השיג על הפרישה כו' וכ' הקצה"ח דנעלם מהט"ז ד' הרמב"ם בפ"ג מהל' זכי' כו' דמבואר להדיא כהפרישה כו' ועי' בשעה"מ בפ"ו מהל' עבדים הל' י"ב שהשיג נמי על הט"ז מד' הרמב"ם הנ"ל וכ' דגם הפרישה לא ראה ד' הרמב"ם שהרי לא הזכירו וגם הביא ד' התוס' בקידושין כ"ג ב' ד"ה ור"א כו' דמבואר ג"כ כהפרישה ועי' בפנים מאירות ח"ב סימן קל"ו שהשיג נמי על הט"ז מד' הרמב"ם הנ"ל יעוש"ה. וכן ראיתי בהגהות אמרי ברוך שם שהשיג על הט"ז וכ' דאישתמיט מיני' ד' הרמב"ם הנ"ל ולא ראה ד' הקצה"ח והשעה"מ והפ"מ הנ"ל שכבר הקדימו בזה:



הלכות מתנת שכיב מרע

סימן רנ

סעיף ג' (א) **הקדיש** כל נכסיו. עי' בנתיבות ס"ק ד' שהשיג על הקצה"ח בסימן ר"ל שכ' דבצדקה איכא שעבוד נכסים והוא ס"ל דליכא שעבוד נכסים ועי' בנתיבות בסימן ר"ל ס"ק א' שהשיג נמי כן על הקצה"ח וכ' דליכא שעבוד נכסים בצדקה ועי' לעיל בסי' קכ"ו ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף ד (ב) **אפי'** כל שהוא. עי' בבית שמואל אחרון חחו"מ סימן ע"ח ובבית יהודה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ז (ג) **גוסס** מתנתו מתנה. עי' בקצה"ח ס"ק א' ובנתיבות בסימן רמ"ח ס"ק י' ובמח"א סימן ע"ז ובדברי חיים בדיני מתנה סימן י"ד ובדיני גניבה סי' י"ז מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ט (ד) **שנותן** הכל מעכסיו. עי' בנתיבות ס"ק י"ג שכ' דמוכח מהתוס' גיטין ט' א' ד"ה ואינו דאף דאמר מהיום מ"מ יכול לחזור אם עמד ועי' בדברי משפט ס"ק ג' שהשיג על הנתיבות וכ' דאין ראי' מד' התוספות אלו:

סעיף טו (ה) **כאן** נמלאו כו'. עי' בדברי חיים שם בסי' ט"ז מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן רנא

סעיף ב' (א) **בהג"ה** על המקבל להביא ראי'. עי' בהגהות חכמת שלמה שהק' מלקמן סי' של"ה סעיף א' בהג"ה גבי מלמד דמוכח דאזלינן בתר השתא כר"נ עכקוס"י. ובאמת לק"מ דהא אמרינן בכתובות י"ב ב' דבברי עם חזקה מוציאין ממון דקיי"ל כר"נ התם גבי משארסתני נאנסתי דנאמנת וכ"ש התם בסימן של"ה הנ"ל דאיכא רובא דרוב מלמדים יודעים ורובא וחזקה רובא עדיף ואיכא נמי ברי ושמא דהא אין בעה"ב טוען ברי דלא ידע וכיון דאיכא ברי ורובא ודאי דהמלמד נאמן ולק"מ קושי' הנ"ל. וכן ראיתי בגבעת פנחס מבעל הפלאה הנדפס מחדש בסימן ע"ה שתי' כן וכ' שם דאף דבסימן של"ה הנ"ל איכא ע"א שלא ידע אין ברי של אחר מועיל והביא ראי' מכתובות ע"ה וכ' דגם בטוען א"י אם פרעתי אף דע"א מעיד שפרע נשבע ונוטל וכן בדר"ג אין הבעל פטור עד שיביא ב' עדים עכ"ד יעוש"ה. ומ"ש דבטוען א"י אם פרעתי אף דע"א מעיד שפרע נשבע ונוטל הוא כדעת הש"ך לעיל בסימן פ"ד ס"ק ז' שחולק על הכ"מ בפכ"ד מהל' אישות ועי"ש בס"ק ג' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סימן רנב

סעיף א (א) **מתנת** שכ"מ כו'. עי' לעיל סימן ס' ס"ק א' מ"ש לענין אי במתנת שכ"מ נותנים מטלטלין שנתן להם אי הוה כירושה או לאו והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף ב (ב) **מצוה** לקיים דברי המת. עי' בפ"י בגיטין י"ג א' בתוספות ד"ה והא כו' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן רנג

סעיף כט (א) **בהג"ה** אם אמר שחייב לטובי' כו'. עי' בש"ך ס"ק ל"ט שהביא ד' הנ"י בפ' ג"פ בשם הריטב"א לחלק בין חוב לנותן מתנה כו' והש"ך השיג על הריטב"א וכ' דאין חילוק בין חוב למתנה כו' ועי' בתרומת הכרי שהשיג על הש"ך וכ' כהריטב"א אך הקשה על הריטב"א מבכורות מ"ט א' דמוקי שמואל בבא בהרשאה כו' וכ' ליישב והאריך בזה ועי' בשעהמ"ש בסימן מ"ט ס"ק ד' מ"ש ליישב קושי' זו והאריך בזה ועי' בנתיבות בסימן ע"ו ס"ק ד' מ"ש בזה ועי"ש עוד בתרומת הכרי מ"ש ליישב הקושי' שהק' בקונה"ס כלל א' סימן ג' על הרי"ף בריש פ' המפקיד כו' דחולקין הכפל ואמאי לדחי הגנב לכל אחד ואחד כו' וכ' ליישב עפ"ד הלח"מ בפי"א מהל' זכי' ומתנה והאריך בזה ועי' לעיל בכללי תפיסה סימן ב' מ"ש ליישב קושי' זו יעוש"ה ועי' בדברי חיים בדיני תפיסה סי' ו' מ"ש ליישב קושי' זו ומ"ש על ד' הריטב"א הנ"ל והאריך בזה:

סימן רנה

סעיף ג (א) **המקדיש** כל נכסיו כו'. עי' בש"ך ס"ק ה' מה שהק' על הרמב"ם מד' הגמ' בפ' מרובה ע"ג ב' כו' והאריך בזה והעלה דמהני תכ"ד בהקדש כמו בשאר דברים ועי' בקצה"ח ס"ק ב' ובנתיבות ס"ק ג' ובדברי משפט ס"ק א' ובמשל"מ בפט"ו מהל' מעשה הקרבנות

הלכה

הלכה א' ובשעה"מ שם ובמח"א הל' צדקה סימן ה' ובושב הכהן סימן י"ח ובמלא הרועים ערך תכ"ד אות ג' ד' ובדברי חיים בדיני מתנה סימן י"ז ובהגהות חכמת שלמה ובס' מהר"ן יפה חחו"מ סימן פ"ג מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

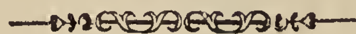
סימן רנז

סעיף א (א) **בהג"ה** המקדיש קרקע כו'. עי' בקצה"ח ס"ק א' ובתשובות רע"א מסימן קמ"ב עד סימן קמ"ו ובדברי חיים בדיני מתנה סימן י"ט ובח' יו"ד שם סימן מ"ו ובספר עונג יו"ט חחו"מ סי' קט"ז מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ה (ב) **וקנין** פירות כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ג' שכתב דיובל הגוף שלו עד היובל להרוס ולחפור בגוף השדה כאדם העושה בשלו כו' ועי' לעיל בסימן רי"ב ס"ק ג' שהשגתי על הקצה"ח מד' הירושלמי בס"פ השולח דמבואר להדיא דבמכר בזמן שהיובל נוהג אין הלוקח יכול לבנות ולהרוס הובא בחידושי הרשב"א שם. ושוב ראיתי בדברי חיים שם בסימן י"ח שהשיג נמי כן על הקצה"ח מד' הירושלמי הנ"ל ועוד השיג על הקצה"ח והאריך בזה ועי' במעיני החכמה בב"מ ע"ט א' ד"ה הדרא כו' מ"ש והאריך בזה ובקושי' התוספות דס"פ השולח שהק' דהא קי"ל דק"פ לאו כקנין הגוף דמי וא"כ לא משכחת דמייתי ביכורים כו' וכן הק' על הרמב"ם עי' בפ"י בגיטין שם ובגרש ירחים שם ובשאגת ארי' בדיני חנוך בסימן ל' ובד"ח שם ובספר אבי הנחל דרוש כ"ג מ"ש והאריכו בזה ועי' במקו"ח סימן תמ"ה ס"ק א' מ"ש על השאגת ארי' יעוש"ה :

סימן רנח

סעיף ב (א) **בהג"ה** לאחר ל' יום אין אומרים זמנו של שטר כו'. עי' בש"ך ס"ק ב' שהק' מפ' מי שאחזו והניח בצ"ע וכן הק' הב"ש באה"ע סימן קמ"ד ס"ק ד' ועי' בהגהות אמרי ברוך מ"ש ליישב קושי' זו ומחלק בין שטר ובין היכא דאו' התנאי בע"פ כו' וכן תי' בבית יעקב מהגאון מליסא בדיש כתובות נ' ב' ברש"י ד"ה זמנו כו' יעוש"ה :



הלכות אבידה ומציאה

סימן רנט

סעיף א (א) **ואפילו** אם יהזירנה אח"כ. עי' בקצה"ח ס"ק א' מה שהק' על הרמב"ן במלחמות בב"מ כ"ו ב' גבי נטלה לפני יאוש כו' ועי' בנתיבות ס"ק א' ובדברי משפט ס"ק א' ובחמדת שלמה בב"מ כ"ו א' ד"ה דשתיק ובמעיני החכמה שם ובספר מנחת הבקר שם ובתרומת הכרי בסימן רס"ב ובדברי חיים בדיני אבידה סי' א' ובמעין גנים ובחידושי הרי"מ בב"ק ס"ו א' ד"ה יאוש כו' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח והאריכו בד' הרמב"ן הנ"ל יעוש"ה :

סעי' ג (ב) **במקום** שרוב עובדים ישראל. עי' בסמ"ע בס"ק ו' שכ' דלא"א רוב וקרוב הלך אחר הרוב אלא היכא דהקרוב אינו במקום שנמצא שם עצמו כו' וכן מבואר להדיא בחידושי הרמב"ן ב"ב כ"ד א' ד"ה אבל עגבי דבמקומו ממש אזלינן בתר קרוב אף לר' חנינא דכאן נמצאו כאן הי' וכ"כ הנ"י שם בשם הרמב"ן ועי' בט"ז ביו"ד סימן רל"ד ס"ק י"ז שכ' דגם הרמב"ם ס"ל כן ועי' עוד בט"ז שם בסימן קכ"ט ס"ק י"ז מ"ש בזה ועי' בט"ז כאן שהשיג על הסמ"ע ובאמת ד' הסמ"ע מבואר להדיא בהרמב"ן הנ"ל ולפ"ד הט"ז נופא גם הרמב"ם ס"ל כן. אך הרא"ש בב"ב שם כתב דלדידן נמי עגבי שרי כיון דקי"ל כר' חנינא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב עכ"ד הרי דס"ל דאפילו במקומו ממש אמרינן דרוב וקרוב הלך אחר הרוב דלא כהרמב"ן הנ"ל ועי' בקצה"ח לקמן בסימן רס"ב ס"ק ב' שהק' על מתניתין דמצא פירות בכלי הכלי אמאי לא אזלינן בתר רובא ואינו של בעל הכלי. וכן במרקולים דאמרו במקורבות כ"ע ל"פ דאסורות אמאי ל"א בתר רובא ולא מן המרקולים הוא דהא רוב וקרוב הלך אחר הרוב וכ' דלפ"ד הרמב"ן ניחא כו' אבל לדעת הרא"ש הנ"ל קשי' והניח בצ"ע ולפמ"ש בדברי חיים בדיני יו"ט סימן ח' דאף לד' הרמב"ן הנ"ל קרוב וכאן נמצא לא עדיף מרוב רק שקולים הם והביא ראי' מד' הרמב"ן גופי' שם והאריך בזה יעוש"ה א"כ אף לדברי הרמב"ן הנ"ל נמי קשה אמאי הוי של בעל הכלי נימא דהוי של מוצאו. ובקושי' הקצה"ח עי' בדברי חיים בדיני אבידה שם ובספר נחל יצחק בסימן ס"ה ס"ק ג' ובסימן מ"ו ס"ק ד' מ"ש ליישב והאריכו בזה ועי' בספר ברית יעקב חאה"ע סימן כ"ג מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

(ג) **רוב** עיר כו'. עי' בדברי משפט ס"ק ב' מ"ש להשיג על המח"א הלכות גזילה סימן ל"א והאריך בזה :

סעי' ז (ד) **מ"מ** טוב ויושר כו'. עי' בתרומת הכרי מה שהשיג על הרמ"א והאריך בזה :

סימן רס

סעיף ה (א) **הרי** הם של מוצאם. עי' בדברי משפט ס"ק א' מ"ש לענין אם בא האבידה ליד המוצא קודם יאוש בעלים כו' אם אח"כ נאבדה האבידה מן המוצא הראשון אם המוצא השני יכול לזכות באבידה וכ' דזה תליא בדעת הפוס' בסי' ע"ב אי שומר אבידה הוי ש"ח או ש"ש והאריך בזה :

סעיף ח (ב) **הרי** הוא של קרוב. עי' בספר ישועות ישראל בסימן ס"ה ס"ק ט' שכ' דלא אזלינן בתר קרוב רק בשמא ושמא אבל לא בברי וברי והאריך בזה וכן ראיתי בס' זיתרענן ח"ב באה"ע סימן ל"א שכ' כהישועות ישראל לחלק בין שמא ושמא לברי וברי ועי"ש בס"ק א' מ"ש על ד' הישועות ישראל אלו והארכתי בזה יעוש"ה :

סעיף ט (ג) **זכה** בו כו'. עי' בש"ך ס"ק כ"ו שכ' דהרמב"ם ס"ל דאף דהוי יאוש שלא מדעת מ"מ אם לא נתברר למי הוא יכול לעשות כל מה שירצה ועי' בנתיבות בס"ק י"א ובדברי משפט ס"ק ב' ובחידושי רע"א בב"מ כ"א ב' ד"ה ת"ש ובמעיני החכמה שם וכ"ב ב' ד"ה מאחר כו' ובחמדת שלמה שם כ"ו א' תוס' ד"ה דשתיק ובס' מנחת הבקר שם כ"ה ב' ד"ה מצא ובברית אברהם חחו"מ סימן ע"ז אות א' מ"ש בד' הרמב"ם והש"ך הנ"ל והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן רסא

סעיף א (א) **דאבידה** מדעת הוי הפקר. עי' בש"ך ס"ק ג' שכ' דכונת הטור להשיג דאבידה מדעת דאמרינן בש"ס בכל דוכתי פי' דהוי הפקר כו' ועי' בהגהות אמרי ברוך שהק' מב"ב פ"ג ב' שכ' לגלוחית אבידה מדעת היא וכבר קדמנו בקושי' זו בקצה"ח בס"ק א' ובנתיבות ס"ק א' והאריכו בזה ועי' בדברי משפט ס"ק א' ובתרומות הכרי ובמח"א הל' זכי' מהפקר סימן ו' ובספר שם אריי חאה"ע סימן נ"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן רסב

סעיף ג (א) **אם** הוא דבר כו'. עי' במ"מ בפי"ד מהל' גזילה ואבידה הלכה ה' שכתב דאם איכא ספיקא אם ידעו מנפילתה קודם דבא ליד המוצאו אסור מספיקא וכו' בדברי משפט ס"ק א' דטעמי' הוא משום דברי של בעל האבידה עדיף משמא דמוצא אבידה כו' ואף דקי"ל דברי אין מוציאין ממון כו' היינו משום דהכא מוחזק בממון שלו אבל מוצא אבידה אינו נקרא מוחזק כו' דאזלינן בתר רובא עכ"ד ועי' בברית אברהם חחו"מ סימן ט"ז אות ב' שכ' נמי כן דזהו טעמי' של המ"מ הנ"ל אך הק' עליו מתוספות בפ' מרובה ס"ו א' והאריך בזה יעוש"ה:

(ב) **קודם** יאוש. עי' בקצה"ח ס"ק א' מ"ש על ד' הרמב"ם בפ"א מהל' תרומות שכ' דמהני כלך אצל יפות אף בדלא הוי' שליח כו' והאריך בזה ועי' בחמדת שלמה בחידושיו לב"מ כ"א ב' ובמעייני החכמה שם במה"ק ובמה"ב כ"ב א' ובספר מנחת הבקר שם ובדברי חיים בדיני אבידה סימן ג' ובספר עונג יו"ט חיו"ד סי' ק"ח מ"ש ליישב ד' הרמב"ם והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ה (ג) **דבר** שנתייאשו הבעלים. עי' בנתיבות בס"ק ג' שכ' דיאוש לא מהני עד דאתי לרשות זוכה וכ"ז דלא אתי לרשות זוכה לא נפקי מרשות הבעלים כו' ולא הוי כהפקר והאריך בזה וכ"כ בספרו מקור חיים בסי' תמ"ח ס"ק ט' דבזה לא הוי יאוש כהפקר והאריך בזה ועי' עוד בנתיבות בסימן ק"ה ס"ק ב' ובסי' ער"ה ס"ק א' מ"ש בזה וכ"כ בתרומות הכרי בס"ק א' ובקצה"ח בסימן ת"ו ס"ק ב' דיאוש לא מהני עד דאתי לרשות זוכה והאריך בזה וכן ראיתי בספר עמק יהושע בדיני חמץ סימן ו' שכ' נמי כן והאריך בזה ולא הביא ד' הקצה"ח והנתיבות והתרומת הכרי שכבר הקדימו בזה ועי' בדברי משפט בס"ק ב' שכ' עפ"ד הנתיבות הנ"ל ליישב דברי הראב"ד בהשגות בפ"ב מהל' גזילה הל' ד' מקושי' המ"מ שם והאריך בזה ועי' בדברי חיים בדיני חמץ סימן י"ב ובדיני גניבה וגזילה סימן י"ג ובספר משכן בצלאל סימן ה' ובספר הפלאות נדרים בנדרים ז' א' ול"ד ב' מ"ש בד' הנתיבות והקצה"ח הנ"ל והאריכו בזה ועי' בספר באר יצחק חיו"ד סימן כ"ג ובספר עין יצחק חיו"ד סימן ל"ב ובספר ברית יעקב חחו"מ סימן ק"ט מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ועי' עוד בתרומות הכרי שכ' דלא מהני חזרה ליאוש והאריך בזה:

סעיף יט (ד) **אם** מראים הדברים כו'. עי' בנתיבות ס"ק ו' שכ' דהא דמצא פירות סמוך לכלי דוקא כשהוא חי וטוען ברי שהפירות שלו ולא כשמת ועי' בס' ישועות ישראל בסימן ס"ה ס"ק ט' שהשיג על הנתיבות וכ' דאף ביורש נמי מהני והאריך בזה יעוש"ה:

סימן רסו

סעיף א (א) **אבידת** אחיך כו'. עי' בחידושי רע"א בב"מ כ"ב ב' מ"ש להסתפק לענין ראובן שהיה שומר של עובד כוכבים כו' ונאבד ממנו החפץ כו' אי מקרי אבידת אחיך והניח בצ"ע ועי' בספר פרת יוסף סי' נ"ה מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ה (ב) **אל** תחזיר כו'. עי' בסמ"ע ס"ק ט' שכתב דבכבוד אב הוי עשה והשבת אבידה הוי לאו ועשה כו' ועי' בדברי משפט ס"ק א' ובמנחת חינוך מצוה תקל"ט אות א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן רסז

סעיף ח (א) **תהא** מונחת כו'. עי' בחידושי רע"א בב"מ כ"ח א' שהק' לשיטת התוס' דתליא הכל במחלוקה יכולה להיות אמת והא הכא ג"כ יכולה להיות אמת דשמא דתרווייהו היא וקי"ל דין חלוקה וביותר אף לשיטת רש"י כו' לא מקרי ודאי רמאי דשמא הי' באמת לשניהם חפץ כזה בסימנים אלו וא"כ לכ"ע יהא הדין דיחלוקו עכקוש"י והניח בצ"ע. ובאמת לפמ"ש הפ"י בכתובות י"ב ב' ליישב הקושי' למ"ד ברי ושמא ברי עדיף למאי איצטריך קרא לאהדורי' אבידה בסימנים הא אפי' בלא סימני' מהדרינן כיון שטוען ברי ואין אדם מכחישו בברי כו' ותי' משום דהמוצא אבידה מצי למימר דלא ממנו נפל אלא מרובא דעלמא א"כ י"ל דה"נ רובא דעלמא מנגד להו והמוצא אבידה תפיס לה בחזקת הרוב וכיון דהסימני' אינם מוכיחים כ"כ לדבריהם דכל אחד או' דהשני משקר ממילא חיישינן לרובא דעלמא ולא מוציא מחזקת המוצא ואמרינן יהא מונח ולק"מ קושי' הגאון רע"א הנ"ל וכן ראיתי בספר מנחת הבקר בב"מ כ"ז ב' שהק' נמי כן ותי' כמ"ש משום דרובא דעלמא מנגד להו אך לא הביא דברי הפ"י הנ"ל ועי' לעיל בסי' ל"ג ס"ק ב' מ"ש על דברי הפ"י הנ"ל והארכתי בזה יעוש"ה:

(ב) **בהג"ה** וזה עדים כו'. עי' בש"ך ס"ק ו' שהניח דין זה בצ"ע ועי' בנתיבות ס"ק ב' מ"ש ליישב ד' הרמ"א ועי' לעיל בסי' ל"א ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף י (ג) **העד** אחד כמו שאינו. וכ' הסמ"ע ס"ק ב' ובש"ך ס"ק ט' דא"צ לשבע נגד העד כו' ודעת הרא"ש דצריך לשבע נגד העד עי' בברית אברהם חחו"מ סימן י"ז ובדברי חיים בדיני אבידה סימן ה' מ"ש בד' הרא"ש והאריכו בזה ועי' לעיל בסימן ע"ו ס"ק ג' מ"ש על דברי הסעהמ"ש שם ס"ק ב' והארכתי בזה יעוש"ה:

(ד) **ויניח**. עי' לעיל בסימן ל"ג ס"ק ב' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף כז (ה) **ששני** כיסין קשורין כו'. וכ' הסמ"ע ס"ק מ"ב ואם טוען ראיתי שהגבהת ב' כיסין שלי כ' דאין זה כאבידה ומציאה אלא כשאר טוען ונטען וצריך לשבע שלא מצא אלא אחד עכ"ד. ועי' בתרומות הכרי שהשיג על הסמ"ע וכ' דדין זה מחלוקת הראשונים הוא בגיטין נ"א ב' ודעת רש"י ובעהמ"א הכי הוא אבל התוספות והרמב"ן והרשב"א שם ס"ל דאפילו טוען ברי להדיא אינו נשבע שלא נאמר דנשבע אפילו בכה"ג יעיתנה וילך לו וכ' דגם מלשון הרמב"ם אין ראי' יעוש"ה:

סימן רסח

סעיף ב (א) **ד"א** של אדם קונה. עי' ע"ז שכ' דקונה אף שלא מדעתו ועי' במח"א הל' קנין חצר סימן ט"ז שהוכיח כן מד' הר"ן בנדרים ל"ד ב' ומדברי התוס' בב"מ י"א א' גבי מתניתי' דראה אותם רצים כו' והביא שם דהריטב"א

דהריטב"א והריב"ש לא ס"ל כן יעוש"ה והט"ז סתם לדבריו ולא הביאו ועי' בדברי משפט ס"ק א' מ"ש בזה :

סעיף ג (ב) **שלא** מדעתו . עי' בש"ך ס"ק ב' מ"ש על ד' מהרש"ל ומהרש"א בב"מ כ"ו א' בתוס' ד"ה דשתיק כו' ועי' בדברי משפט ס"ק ב' ובנתיבות בסימן רס"ב ס"ק א' ובחידושי רע"א בב"מ שם ובחמדת שלמה שם ובהגהות חכמת שלמה מ"ש והאריכו בזה ועי' בקצה"ח ס"ק ב' ובנתיבות ס"ק ב' מ"ש על ד' מהרי"ט ח"א סימן ק"ל לענין ידו אי קונה שלא מדעתו ועי' בספר ים התלמוד בב"ק כ"ט ב' ד"ה ואמר ובמפרשי הים שם מ"ש על דברי מהרי"ט והאריכו בזה יעוש"ה :

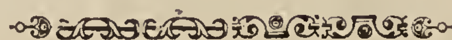
סימן רסט

סעיף ו (א) **ואם** א"ל תנה לי . עי' ש"ך ס"ק ה' שהשיג על התוספות יו"ט ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים מבן המחבר שם מ"ש דדעת הר"ן בפ"ק דגיטין י"א ב' כהתוספות יו"ט והאריך בזה ועי' בס' ניוני חו"מ סימן ל"ה מ"ש על דברי הסמ"ע והש"ך בס"ק א' יעוש"ה :

סימן ער

סעיף ב (א) **ומציאת** בתו הנערה . עי' בקצה"ח ס"ק א' ובנתיבות בס"ק ב' מ"ש על דברי הח"מ והב"ש באה"ע סימן ל"ז לענין אם האב זוכה במתנת בתו ועי' בהמקנה בקו"א באה"ע שם ובאבני מלואים שם ס"ק א' ובטיב קידושין שם ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה :

(ב) **בהג"ה** ואם נתנו מתנה לקטן . עי' בדברי משפט ס"ק א' שכתב דאם אחד מזכה מתנה לקטן ע"י אחרים לא זכה אביו דלא תקנו רבנן ב' זכיות כו' והאריך בזה :



הלכות הפקר ונכסי הגר

סימן רעג

סעיף ב (א) **במה** נדר כו' . עי' בקצה"ח ס"ק א' ובדברי משפט ס"ק א' ובספר הפלאות נדרים בנדרים ז' א' ד"ה יש יד כו' מ"ש והאריכו בזה ועי' בר"ן בריש פסחים שכ' דהפקר לא מהני ע"י שליח . ועי' במגן האלף בהל' פסח סימן תל"ד ס"ק ה' מ"ש על דברי הר"ן והאריך בזה ועי' עוד בדברי משפט מ"ש לענין אם אמר חפץ זה יהיה הפקר לאחר ל' יום ועומד באגם אם יכול לחזור לאחר ל' יום והאריך בזה ובאמת מבואר מדברי התוספות בב"ק ס"ט א' ד"ה כל הנלקט דמהני הפקר בכה"ג שכתב וז"ל דכל הנלקט לאו דוקא ממש אחר לקיטה אלא מניח מעות בעוד שלא נלקט ואו' כרם רבעי זה לכשיהיה נלקט יהיה מחולל אחר הלקיטה והא דקאמר ר' דוסא לעיתותי ערב אפילו מן השחרית היה יכול לעשות כן כו' אלא עלה טובה קמ"ל שלא יתפקרו עניים ללקט הרבה כיון שהפקיר עכ"ל הרי אף דמפקיר אחר שילקטו ולא מעכשיו ולאחר הלקיטה ואפ"ה מהני ההפקר לאחר הלקיטה ואמאי הא אז כלתה האמירה שאמר יהיה הפקר והוי כמפקיר לאחר ל' יום ה"ו מוכח מד' התוספות דמהני הפקר לאחר ל' יום וכן ראיתי בדברי חיים בדיני הפקר סימן ג' שהביא ראי' זו והאריך הרבה בזה ועי' בד"ח בסוף הספר בחידושי מהר"א השייך לסימן ל"ג מ"ש והאריך בזה. ולענין הפקר על תנאי עי' במקור חיים סימן תמ"ח ס"ק ט' מ"ש והאריך בזה ועי' עוד במקו"ח סימן תל"א שכ' דהא דהפקר על טובת הנאה והשיג גם על הש"א בסימן ע"ז ועי' בספר נחל יצחק בסימן ס' ס"ק ג' מ"ש על ד' המקו"ח והאריך בזה ועי' בספר ברוך טעם בדין קנין פירות מ"ש לענין אם מפקיר שדה בזמן שהיובל נוהג אם חוזרת ביובל והאריך בזה ועי' בתשובות רע"א סימן קמ"ה מ"ש לענין אם יכול להפקיר גופא מהיום ופירות לאחר מיתה והאריך בזה ועי' בקצה"ח ס"ק ג' ובנתיבות בסי' ער"ה ס"ק א' ובמח"א הל' זכי' מהפקר מסימן א' עד סימן ט' ובנו"ב מהדו"ק חאה"ע סימן כ"ט ובברית אברהם חאו"ח סימן כ"ז ובאור חדש בריש פסחים ד"ה בודקין וד' ב' ד"ה בביטול וד"ה מדאורייתא ובספר ברית יעקב חחו"מ סימן ק"ט ובהגהות חכמת שלמה ובהפלאות נדרים מ"ה א' ובספר משכן בצלאל מסימן כ"ט עד סימן מ"א ובספר אורי וישעי סי' קכ"א מ"ש בדיני הפקר והאריכו בזה ועי' לעיל בסימן רי"א ס"ק ג' מ"ש לענין הפקר בדבר שאינו ברשותו ולענין הפקר גבי קטן יעוש"ה :

סעיף ה (ב) **עד** שיפקיר לכל . עי' בבית יהודא לעיל בסימן כ' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סימן ערה

סעיף ג (א) **כיון** שהכיש בה כו' . עי' בקצה"ח ס"ק א' שכ' דהפקר נקנה באג"ק והאריך בזה ובנתיבות ס"ק א' השיג עליו ועי' לעיל בסימן ר"ב ס"ק ה' מ"ש בזה יעוש"ה ועי' עוד בנתיבות שהביא דברי המח"א שכתב דמי שאסר נכסיו יכול ליתן מהן לצדקה דמצות לאו ליהנות ניתנו כו' והשיג עליו דהא מבואר בנדרים דהנודר ממעין כו' ולא בימות החמה דאף דמצות לל"נ מ"מ במצוה שיש בה הנאת הגוף ג"כ אסור וא"כ מהנה לעני נהי דאית בי' ג"כ מצות לצדקה מ"מ אית בי' ג"כ הנאת מתנה כו' משא"כ הכא נהנה בשעה שהעני עומד ונותן לו עכ"ד . ובאמת אין זה השגה על המח"א דהמח"א ס"ל דלא מקרי הנאת הגוף רק היכא דהגוף ממש נהנה כגון טבילה בימות החמה אבל לא בצדקה דהגוף ממש אינו נהנה ועוד בלא"ה אין זה השגה דהא הרשב"א ס"ל דאף היכא דאיכא הנאת הגוף בהדי מצוה אפ"ה אמרינן מצוה לל"נ והביא דהנודר מן המעין כו' ה"ט מפני שהוא נהנה ממנו אחר המצוה דהיינו אחר שנטהר ועי' בשעה"מ בפ"א מהלכות שופר הלכה ג' ובפ"ח מהלכות לולב הלכה א' ובברית אברהם חאו"ח סימן ג' מ"ש בזה והמח"א קאי על דברי הרשב"א ושפיר דברי המח"א הנ"ל דס"ל בהא כהרשב"א דאף דאיכא הנאת הגוף בהדי מצוה אפ"ה אמרינן מצוה לל"נ ואין כאן השגה על המח"א ועי' בתשובות מהרי"ז ענזיל בסימן ג' מה שהשיג על הנתיבות ומ"ש ליישב קושי' המח"א על הרשב"א והאריך בזה ומדברי המח"א הנ"ל מוכח דס"ל דהא דאמרינן מצוה לל"נ היינו אף לכתחלה ודלא כהמשל"מ בפ"ה מהל' אישות הלכה א' אלא כהכנה"ג ביו"ד סימן כ"ח הובא במגי"ה במשל"מ שם ועי' בס' ערוגת הבושם ביו"ד סימן י' ס"ק ד' ובמנחת חינוך מצוה ו' אות ב' מ"ש והאריכו בזה ועי' בנודע בשערים ח"ב בסוף חידושיו

חידושיו לכתובות מ"ש על דברי המה"א הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף כד (ב) **ואין** דעתו לקנות. עי' בקצה"ח ס"ק ג' שכתב דאם עשה שליח לבנות בנכסי הגר כדי לקנותו אף דשליח לא ידע כו' מ"מ קנה המשלח כו' והרי המשלח היה מתכוין לקנותן עכ"ד ובנתיבות ס"ק א' השיג עליו מדברי הרמ"א בסעי' כ"א ועי' בדברי משפט ס"ק ג' שכ' דדין זה הוא מחלוקת בין הראב"ד שהביאו הסימקו"ב והרשב"א בב"ק ע"ט ובין התוספות שם ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים מבן המחבר שם בסימן רס"ט ובדברי חיים בדיני גניבה סימן ו' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף כה (ג) **לא** קנה. עי' בקצה"ח ס"ק ד' שכ' דבעובד כוכבים לא מהני דעת אחרת מקנה אותו דזהו מטעם זכי' ואין זכי' לעובד כוכבים ועי' בדברי חיים בדיני מכירה סימן א' מ"ש בזה יעוש"ה:

הלכות נחלות

סימן רעז

סעיף א (א) **הבכור** נוטל פ"ש כו'. עי' בהגהות חכמת שלמה בסימן זה ובסי' שא"ז ובספר חקרי הלכות בסימן ט' מ"ש לענין אי אזלינן בתר עבור ולא בתר לידה לגבי בכור יעוש"ה:

סעיף יב (ב) **אפילו** אם אמר אב כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ב' ובדברי משפט בס"ק א' ובשערי תורה ח"א כלל י"ח ובכתונת פסים ב"ב קכ"ז ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן רעט

סעיף ב (א) **בהג"ה** כי לא היה אביהן בני כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ג' שכ' דאם אינו מוחזק בבנו דנאמן לומר שאביהן לא הי' בנו בננו שהי' נותן נכסיו לאחרים כו' ובנתיבות בס"ק ג' השיג על הקצה"ח מד' הרמב"ן ב"ב ל"ג כו' ועי' בדברי חיים בדיני נחלות סימן ד' מ"ש והאריך בזה ועי' בתשובות רע"א סימן קי"א מ"ש בזה:

סעיף ד (ב) **היה** עובר כו'. עי' סמ"ע ס"ק ט' וס"ק ו' ועי' בבית מאיר באה"ע סימן ב' סעיף ב' מ"ש על ד' הסמ"ע והאריך בזה יעוש"ה:

סימן רפ

סעיף ז (א) **והניח** בן וטומטום כו'. עי' במנחת חינוך מצוה ת' אות א' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

(ב) **בהג"ה** וס' אם ניתן להן בן. עי' בקצה"ח ס"ק ב' שכ' דבחזקת מ"ק הולכין אחה"ר ומפני זה השיג על התה"ד ועי' לעיל בכללי תפיסה בסימן ב' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה ועי' במעייני החכמה בב"מ ל"ע ב' ד"ה אתא מ"ש על התה"ד:

סימן רפא

סעיף א (א) **איש** פ' בכורי. עי' בפ"ת ס"ק א' שהביא ד' הכתונת פסים בפ' י"נ שהקשה על הרמב"ן בפ' תלא ממדרש רבה סדר אחרי פ' כ' ומסדר במדבר פ' ב' וכן השיג במנחת חינוך מצוה ת' אות א' על הרמב"ן והאריך בזה יעוש"ה:

(ב) **לא** יטול פ"ש. עי' בקצה"ח ס"ק א' מה שהקשה על הרמב"ן בס' המצות מצוה י"ב מפי"נ קכ"ז ב' גבי יכיר כו' והניח בל"ע ועי' בשערי תורה ח"א כלל י"ח פרט ב' מ"ש לייסב קושי' הקצה"ח והאריך הרבה בזה יעוש"ה:

(ג) **בין** שאמר ע"פ כו'. עי' בנתיבות ס"ק ב' שכ' דבנכסים הבאים לאחר מכאן א"י לעשותו יורש עליהן כיון דהוי דבר שלבל"ע כו' והאריך בזה ובאמת כן כ' המהרי"ט הובא דבריו בשעה"מ בפ"ג מהל' נחלות הל' י"ד דבנכסים הבאים לאחר מכאן לא מהני אפילו לשון ירושה אך השעה"מ שם השיג על המהרי"ט מד' הג"י בפי"נ קכ"ז ב' ועי' בחת"ס סופר חחו"מ סימן ק"נ מה שהשיג על מהרי"ט והנתיבות והאריך בזה ועי' בדברי חיים בדיני נחלות סי' ה' שהשיג על הנתיבות מד' הרשב"א בקידושין ס' ב' ד"ה נותנים כו' והאריך בזה ועי' בס' זית רענן ח"ב חחו"מ סי' ע"ד מה שהשיג על החתם סופר והאריך בזה ועי' בדברי משפט ס"ק ב' מ"ש לייסב קושי' השעה"מ הנ"ל והאריך בזה ועי' בתשובות רע"א סימן קל"ב מ"ש על המהרי"ט הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ז (ד) **בהג"ה** שטר חצי זכר כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ו' ובנתיבות ס"ק ט' ובבירת אברהם חחו"מ סימן י"ט ובספר הר הכרמל חאה"ע סימן ה' ובבית יהודה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן רפב

סעיף א (א) **כל** הנותן נכסיו לאחרים כו'. עי' בהגהות חכמת שלמה מה שהשיג על מהרש"א בח"א בפ' הלק שכתב דלבני הפלגשים רשאי להעביר נחלה:

סימן רפג

סעי' א (א) **יורש** את אביו כו'. עי' במנחת חינוך מצוה ת' אות א' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן רצ

סעיף א (א) **בי"ד** חייבים להעמיד כו'. עי' בקצה"ח ס"ק א' שהביא ד' השימקו"ב בפ' השואל צ"ה ב' שהביא ד' הריטב"א שכ' משם רבינו בשם הר"ר פנחס הלוי אחיו שלא אמר ר' יונתן אלא בדבר שיש בו מניעה כגון לא התרום ולא תקלל כו' אבל באו' יעשה לפי או שיתן ודאי יעשה לשניהם משמע ולא מפטר בחד מנייהו עכ"ל. לפ"ד הריטב"א אלו יש ליישב קושי' הט"ז ביו"ד סימן רכ"ח ס"ק מ"ט שהק' על הרשב"א מקידושין מ"ו א' גבי התקדשי לי בזו ובזו אם יש בכולן כו' ואמאי לא נימא דאו בזו קאמר עכקוש"י. ולפ"ד הריטב"א הנ"ל ניחא דהתם לא מיירי בדבר שיש בו מניעה אלא בדבר עשי' דהיינו הקידושין ועי' בחכם צבי סי' ד' מ"ש ליישב קושי' הט"ז הנ"ל והאריך בזה אך הקצה"ח הקשה על הריטב"א מד' הגמ' בב"מ שם דמדמה אין בעליו עמו שלם ישלם וכן בעליו עמו לא ישלם להך פלוגתא דר' יאשי' ור' יונתן אבל אין להם שייכו לדבר שיש בו מניעה עכקוש"י והניח בצ"ע. וכן יש להקשות ממנחות נ"א א' גבי וכי תעשה בן בקר עולה או זבח דגבי נסכים דקא' הגמ' דאו מב"ל להלק יעוש"ה והתם מעשה הוי ולא מניעה ולד' הריטב"א הנ"ל בכה"ג לא קאמר ר' יונתן וכן ראיתי בספר שאילות שמואל בכלילות שמואל בכללי י' אות ט' בענין יחדיו שהק' כן על הריטב"א וכ' ליישב קושי' זו ומיישב נמי קושי' הקצה"ח הנ"ל והאריך בזה ועי' במנחת חינוך בקונטרס קומץ מנחה במצוה תק"ו מה שהק' על הריטב"א ז"ל. ובעיקר ענין זה אי הל' כר' יונתן עי' בשער אפרים סי' קנ"ג ובבשמים ראש סימן שע"ד ובכסא דהרסנא שם ובחכם צבי שם ובשאילות שמואל שם ובברכי יוסף ביו"ד שם ובתשובות רע"א סימן מ"ו וסימן קכ"ט ובחידושי רע"א ביו"ד סימן כ"ח סעיף ט' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ואכמ"ל בזה:

סעיף טז (ב) **בי"ד** פוסקין עליו צדקה. עי' בקצה"ח ס"ק ג' שכ' שיש שעבוד נכסים בצדקה והאריך בזה וכ"כ הקצה"ח בסימן צ"ע ס"ק א' ובנתיבות בס"ק א' השיג עליו וכ' דבצדקה שבא עליו מכח דבור פיו הוי כנדר וליכא שעבוד נכסים וכ"כ הנתיבות בסימן ר"נ ס"ק ד' והשיג על הקצה"ח וכ"כ בחוות דעת ביו"ד סימן קס"א ס"ק ו' ועי' לעיל בסימן קכ"ו ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה ובאמת ד' הקצה"ח בלא"ה תמוהים דזה שייך דוקא היכא דגברא בר חיובא וכגון לענין הצדקה שכבר נתחייב קודם שנשתטה אבל לפסוק עליו אחר שכבר נשתטה דפטור מכל המצות לא שייך כלל שעבוד נכסים דגברא לא בר חיובא הוא ולמה יתחייב בצדקה ומ"ש מצדקה דאין פוסקין עליו צדקה וכן ראיתי בס' אחד מחכמי זמנינו שהשיג כן על הקצה"ח:

סעיף כ (ג) **בהג"ה** דמי יימר דמשתבע כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ד' שהק' משבועות מ"א גבי כפר אחד והודה אחד דחייב הכופר כו' וכן הק' בשעה"מ ס"ק ב' והאריך הרבה בזה בד' מהר"ם. ועי' בנתיבות ס"ק י"א מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח ועי' בספר שם ארי' החו"מ בקונטרס הזמנה אות מ"א מה שהשיג על הנתיבות ועי"ש עוד מאות מ"ד עד אות נ' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח והאריך בזה יעוש"ה:

הלכות פקדון

סימן רצא

סעיף א(א) **כי** אם בפשיעה. עי' בש"ך בס"ק ב' שהביא דברי הפ"ס בריש ב"ק ה' א' דמבואר דד' שומרין חייבין לשלם מעדיות כמזיקין והביא ד' הרי"ף והרא"ש והנ"י ומהרש"ל שם דפ' כן והרמב"ם לא הביא דין זה ולא ידעתי למה ולא ראיתי לשום אחד מהאחרונים שירגישו בזה ועי' בתרומת הכרי מה שהק' על המהרי"ט חחו"מ סי' מ"ז בענין זה ועי' במנחת חינוך מצוה נ"ז אות א' שכתב דבמתנה ש"ה להיות כשואל שחייב לשלם שצריך ג"כ לשלם מעדיות עפ"ד התוס' בכתובות נ"ו ב' כו' אבל בקרקעות ועבדים ושטרות שלא חייבה התורה בדיני שומרים אף שרוצים להתחייב עצמם כו' אינו משלם מהעדיות כו' עכ"ד וכ"כ בהגהות הכנות שלמה בסי' ש"א: סעיף כו (ב) **שהראשון** הי' ש"ש. עי' בש"ך ס"ק מ"ד מ"ש לענין שומר שטוען א"י אם נאנסה אי חייב מטעם משואיל"מ או משום דהוי א"י אם החזרתי ועי' בשעה"מ ס"ק ה' ובדברי משפט בסוף הספר בחידושים מבן המחבר שם ובמעין גנים ובהגהות חכמת שלמה ובספר מנחת הבקר בב"מ ל"ו א' מ"ש בזה ועי' לעיל בסי' ע"ב ס"ק י"ח מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

(ג) **או** שכר בבעלים. עי' בתרומת הכרי מ"ש והאריך בזה:

(ד) **ואם** יש עדים כו'. עי' בשעה"מ בפ"א מהל' טוען הלכה א' מ"ש בזה ועי' בבית יהודה מ"ש על ד' השעה"מ והאריך בזה:

(ה) **ויכול** הוא לשבע כו'. עי' בש"ך ס"ק מ"ח שהק' על הסמ"ע מסימן רל"ד כו' ועי' בקצה"ח ס"ק י"ד שהק' מד' הש"ך עצמו בסימן ע"ה ס"ק נ"א כו' ועי' בדברי משפט ס"ק י' שהשיג על הקצה"ח מד' הנ"י בפ' השואל בסוגיא דשאלה חצי היום כו':

סימן רצב

סעיף א (א) **ואם** שלח בו יד. עי' בדברי משפט ס"ק א' מ"ש על המח"א הל' גזילה סימן י"ח ומ"ש על הנתיבות ס"ק ג' והאריך בזה ועי' בתרומת הכרי ובדברי חיים בדיני שומרים סימן ח' ט' י' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ד (ב) **אמר** שרוצה לשלוח כו'. עי' בסמ"ע ס"ק י' ובש"ך ס"ק ד' ועי' במהר"ס מינץ סימן כ"ז ובס' תשואת חן כל' י"ז אנ"ד מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ז (ג) **בהג"ה** חייב ליתן הריוח. עי' בתנא תוספתא בנדרים פ"ד הלכה י' בעטור בכורים שם ובס' פרת יוסף סי' ס"ט מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף י (ד) **בהג"ה** אזלינן בתר רובא. עי' בקצה"ח ס"ק ב' מה שהק' מהירושלמי בפ' שור שנגח כו' ועי' בנתיבות ס"ק ע"ז מ"ש ליישב קושי' זו ועי' בס' טור האבן בסימן י"א מ"ש ליישב קושי' זו והאריך הרבה בזה יעוש"ה ועי' עוד בנתיבות ס"ק י"ז ובגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה:

סימן רצג

סעיף א (א) **ואם** הפקידו אצלו לזמן. עי' בקצה"ח ס"ק ב' מ"ש לחלק בין שומר לפועל ומיישב בזה קושי' המשל"מ בפ"ז מהלכות שאלה ועי' בתומים לעיל בסי' ע"ד ס"ק ו' ובקצה"ח שם ס"ק א' ובמעין גנים בסי' ע"ב סעי' ב' ובעלי לבונה ביו"ד סימן קע"ז סעיף ל"ו מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן רצד

סעיף א (א) **וחייב** באונסין : עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה :

סעיף ב (ב) **יביא** ראי' בעדים כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ב' שהקשה דאמאי חייב לשלם היכא דיש רואה ליהמני' במגו דלהד"ם או החזרתי כו' והניח בצ"ע. ועי' בנתיבות בס"ק א' מ"ש ליישב ועי' לעיל בסימן קפ"ז ס"ק א' מ"ש ליישב קושיא זו יעוש"ה. ועי' במנחת חינוך מצוה נ"ז אות א' מ"ש ליישב קושי' הקצה"ח והאריך בזה :

סעי' ד (ג) **היתה** גלימא בידו כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ו' מה שתמה על תמיהת הב"ח ועי' בנתיבות ס"ק ג' ובשעהמ"ש ס"ק א' ובבית יהודא ובדברי חיים בדיני שומרים סי' י"ג מ"ש על הקצה"ח והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן רצה

סעיף ב (א) **בהג"ה** קנה כל שבח. עי' בשעהמ"ש ס"ק ב' מ"ש לענין אם יש לחייבו ש"ד שנגנב בזמן הזול כו' וכ' דהוי תרתי לריעותא דהרי נאבד הפקדון לפניך כו' וגם יש להנפקד חזקת ממון כו' והאריך בזה ועי' לעיל בסימן ל"ד בקצה"ח ס"ק ה' ובנתיבות ס"ק ע"ו ומה שכתבתי שם לענין חזקת ממון אי מצטרף לתרתי לריעותא יעוש"ה. ועי' בחידושי הרי"מ ס"ק י"ה ובגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה :

סעיף ג (ב) **צריכה** שתי כסף. עי' בבית יהודא שהביא ראי' מדברי התוס' בב"מ נ' א' ד"ה מפני כו' דס"ל כדיעה הא' דבשומרים א"צ שתי כסף ועי' בחידושי הרי"מ בסימן פ"ח ס"ק י"ז מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סימן רצו

סעיף א (א) **שאין** או' מגו לפוטרו משבועה. עי' בסמ"ע ס"ק א' מ"ש הטעם לחלק בין ממון לשבועה כו' ועי' לעיל בכללי מגו סימן א' מ"ש ליישב קושי' הב"ח על הפוס' דס"ל דל"א מגו לאפטורי משבועה מרבה דאמר מפני מה אמרה תורה כו' עפ"ד הסמ"ע אלו יעוש"ה. ועי' בט"ז שכתב הטעם דל"א מגו לאפטורי משבועה משום דכל מה דאפשר לברורי מבררינן וכיון שיש לומר שע"י השבועה יפרוש אנו עושין כן עכ"ד. ועי' בברית אברהם חחו"מ סי' י"ד שכ"כ מסברת עצמו ולא ראה דברי הט"ז שכבר הקדימו בזה ועי' בבית יהודא מ"ש והאריך בזה :

סעיף ב (ב) **אבל** אם טען כו'. עי' בש"ך ס"ק ג' שכתב דלאו ש"ד ממש אלא שבועה כעין דאורייתא כו' והשיג על הסמ"ע והב"ח והאריך בזה ועי' בקצה"ח ס"ק ב' ובנתיבות ס"ק א' ובדברי משפט ס"ק ב' ובתומים בכללי מגו סימן ק"ב ובשעהמ"ש בסימן פ"ז ס"ק י"ב ובבית יהודא שם ובגליון ש"ע מהגאון רע"א ובחידושי רע"א בסוף הס' ובשערי בינה שער א' אות י"ח מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ה (ג) **מתנה** ש"א להיות פטור כו'. עי' במנחת חינוך מצוה נ"ז אות א' מ"ש והאריך בזה :

סעי' ח (ד) **לפיכך** ישבע כו'. עי' בדברי משפט ס"ק ג' ובחידושי רע"א בב"מ ל"ה א' ד"ה ואם איתא ובתוספות רע"א במשניות בפ"ח דב"מ אות ס"ט מ"ש והאריכו בזה :

סימן רצז

סעיף א (א) **והמפקיד** נתן בו סימן כו'. עי' בש"ך ס"ק א' שהאריך בזה והעלה דהיכא דאו' סי' מובהק א"כ לומר הכי אחריני נינהו ובמגו דלקוח דה"ל כמגו במקום עדים. ועי' בקצה"ח ס"ק א' ובסי' רכ"ט ס"ק ב' שפ' דסימנים אפי' מובהקים לא מהני כלל להוציא ממון והביא ד' הריטב"א בכתובות פ"ה ב' שכ' כן והאריך בזה ועי' בנתיבות ס"ק א' ובדברי משפט ס"ק א' ובסימן מ"ו ס"ק ה' מ"ש בזה ועי' לעיל בכללי תפיסה סימן ז' מ"ש והארכתי בזה והעליתי דבסימנים מובהקים ביותר מוציאין ממון מהמוחזק יעוש"ה:

סימן רצח

סעיף א (א) **שהפקיד** אצלו כיס כו'. עי' בסמ"ע ס"ק א' שהביא דברי הראב"ד והרא"ש והמ"מ בשם הרשב"א שהסכימו לדחות דברי הרמב"ם כו' משום דלא ה"ל למידע כו' ועי' לעיל בסימן ע"ב ס"ק י"ב מה שכתבתי בזה יעוש"ה :

סימן רצט

סעיף א (א) **ואם** הפקיד אצל שנים כו'. עי' בקצה"ח ס"ק א' שהביא ד' הרמ"א בתשובה סימן כ"ז לענין ב' שומרים שקיבלו שמירה ביחד ל"א דהוי אחד ערב בעד חבירו כו' ומ"ש עליו ועי' לעיל בסימן ע"ז ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה :

סימן ש

סעיף א (א) **ישבע** כל אחד משם כו'. עי' בסמ"ע ס"ק א' שכ' דמש"ה ל"א דה"ל משואיל"מ משום דטוען בודאי אין בידו יותר מג' מאות וא' מהם בודאי רמאי כו' עי' לעיל בסימן ע"ו ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה :

(ב) **בהג"ה** דיהא מונח ביד ב"ד. עי' ש"ך ס"ק י' שכתב דצריך ממ"נ לשבע היסת שא"י. ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים מבן המחבר שם שהשיג על הש"ך מד' השעה"ת שער ל"ט ח"ב כו' וכיון דהוציא הפקדון מת"י הוי כשלים ואין כאן דין שבועה יעוש"ה :

סימן שא

סעיף ד (א) **אם** קנו מידם. עי' בקצה"ח ס"ק ב' שהקשה דגבי הקדש ל"ל קנין הא אמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי והניח בצ"ע ועי' בנתיבות ס"ק ד' ובהגהות חכמת שלמה ובספר נחל יצחק סימן כ"ו ס"ק ב' ובמנחת חינוך מצוה כ"ז אות א' מ"ש ליישב קושית הקצה"ח יעוש"ה:

סעיף ט (ב) **עד** שיהיה תחלתו וסופו ישראל. עי' בסמ"ע ס"ק י"ב שכתב ומש"ט נמי אם היה הנפקד מתחלה עובד כוכבים ואח"כ נתגייר כו' דאין לו דין שומר עכ"ד. ועי' בפעסמ"ש ס"ק ג' מ"ש על הסמ"ע ועי' במנחת חינוך שם ובספר חקרי הלכות סימן ב' מ"ש והאריכו בזה ועי' לעיל בסי' כ"ח ס"ק ע' מ"ש והארכתי בזה יעוש"ה:

סימן שב

סעיף א (א) **ואחד** האשה. עי' ש"ך ס"ק א' מ"ש לענין אשה שסברה כליס של בעל כו' ועי' בבית מאיר באה"ע סימן פ' ובספר באר יצחק חהו"מ סימן ג' ובס' ברית יעקב חהו"מ סימן ק"ה מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ב (ב) **קטן** שהפקיד כו'. עי' לעיל בסימן ל"ו ס"ק א' מ"ש על ד' המח"א הל' שומרים סימן י' והארכתי בזה יעוש"ה ועי' בהגהות חכמת שלמה מ"ש בזה:

הלכות שומר שכר

סימן שג

סעי' א **ש"ש** גם הוא כו'. עי' ש"ך ס"ק א' שכתב דלא הוי ש"ש אלא א"כ שכרו ש"פ כו' ולכאורה קשה דאמאי לא תני התנא במשנה בב"מ נ"ה דשם פרוטות הן דש"ש אינו חייב בפחות מש"פ וכמדומה לי שכן הק' בס' באר יעקב ואינו ה"י אבל באמת לק"מ די"ל דתנא ושייר דה"נ רבית לדעת התוס' והרא"ש בריש פ' א"נ ס"א א' דאין רבית בפחות מש"פ ועכצ"ל דתנא ושייר וכן ראיתי בנקוה"כ ביו"ד סימן קל"ג שכ' ליישב קושי' הט"ז שם ס"ק ו' שהק' דאמאי לא חשיב במתניתין הנ"ל דשכר יי"נ אינו אסור בפחות מש"פ משום דתנא ושייר יעוש"ה. ועי' במעיני החכמה בב"מ נ"ו א' ד"ה שאלה כו' שהק' כעין זה על הא דקא מיבעי הגמ' שם שאלה לעשות בה פחות מפרוטה מהו דא"כ ליחשבה במשנה הנ"ל שאין שאלה בפחות מש"פ ולפמ"ש לק"מ די"ל דתנא ושייר. ומה שהק' התוס' בגיטין ב' י"ב ד"ה פחות כו' על רש"י דס"ל דאין הקדש חל על פחות מש"פ דלתני שם פרוטות הן דאין הקדש חל על פחות מש"פ ואמאי לא תי' דתנא ושייר לק"מ דשפיר הק' התוס' דכיון דתנא במתניתין הקדש הנהנה ש"פ מן ההקדש מעל ה"ל לתנא נמי למתני דאין הקדש חל על פחות מש"פ כיון דתנא הקדש במתניתין וכה"ג כ' הנקוה"כ שם ליישב הא דפריך הגמ' בב"מ שם ולתני האונאה בפרוטה כו' וכן הא דפריך ותנא דידן אמאי לא תני ישיבת הדיינים כו' ושפיר קושי' התוס' בגיטין הנ"ל על רש"י אבל הא דלא תני דש"ש אינו חייב בפחות מש"פ וכן אין שאלה בפחות מש"פ שפיר י"ל משום דתנא ושייר ולק"מ קושי' הנ"ל:

סעיף ב (ב) **וי"א** כו' עי' בנתיבות ס"ק א' ובדברי משפט ס"ק א' ובגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה:

סימן שה

סעיף ו (א) **שמור** לי היום כו'. עי' ש"ך ס"ק ו' מ"ש לענין אם אמר שמור לי ואשאילך כו' ועי' בנתיבות ס"ק ג' מה שהשיג על הש"ך ועי' בדברי משפט ס"ק א' מ"ש ליישב קושי' הנתיבות והאריך בזה ועי' במעיני החכמה בב"מ פ"א א' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן שו

סעיף ב (א) **בשבח** כלי. עי' בקצה"ח ס"ק ב' ד' ובנתיבות ס"ק ג' ד' ובדברי משפט ס"ק ב' ד' ובג"פ באה"ע סימן ק"כ ס"ק ט' ובתורת גיטין שם ס"ק ו' ובישועות יעקב שם ס"ק ד' ובגט מקושר בסג"ר אות ז' י"ז י"ט ובטיב קידושין בסימן כ"ה ס"ק מ"ה ובתשובות בית אפרים חאה"ע סימן קי"ז קי"ח ובדורש לציון דרוש א' ובס' מנחת עני סימן ס' ובס' עין יצחק חאה"ע סימן ע"ו מ"ש לענין אומן קונה בשבח כלי והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ד (ב) **ואם** שחט בחגם. עי' בקצה"ח ס"ק ז' ובתרומת הכרי ובדברי חיים בדיני שומרים סימן י"ט מ"ש בזה:

(ג) **טבח** מומחה פטור. עי' לעיל בכללי תפיסה סימן ו' מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בתרומת הכרי מ"ש ליישב קושי' הפרמ"ג:

סעיף ח (ד) **הנוטע** כו'. עי' בקצה"ח ס"ק י"ב מה שהק' על הרא"ש כו' והניח בצ"ע ועי' בבית יהודא מה שהשיג. על הקצה"ח וכ' כונה אחרת בד' הרא"ש יעוש"ה:

הלכות שוכר

סימן שיג

סעיף ג (א) **אע"פ** שהיא שכורה ביד אחרים. עי' בש"ך ס"ק א' שפ' כהרמב"ם ועי' בקצה"ח ס"ק א' ובנתיבות בפתיחה בסימן ר' ובדברי משפט ס"ק א' ובמעין גנים ובתשובות רע"א סימן קל"ג ובמעיני החכמה בב"מ במה"ב י"א ב' ד"ה וכי כו' ובמה"ב מ"ט ב' ד"ה מושכרת ובספר אורי וישעי סימן ק"א ובספר פרח יוסף סימן ס"ד ובספר מהר"ן יפה חחו"מ סימן י"ז מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

הלכות שכירות פועלים

סימן שלג

סעי' ג (א) **חוזר**. עי' ש"ך ס"ק י"ד שהביא ד' הריטב"א בשם רבותיו דבקנין א"י לחזור בו כו' והש"ך השיג עליו ועי' בקצה"ח ס"ק ה' ובדברי משפט ס"ק ב' ובחידושי רע"א בב"מ י"א ובמעיני החכמה שם ע"ז א' ד"ה והאמר כו' ובתשובות מהרי"ז ענזיל סימן ע"ו ובספר ליוני חהו"מ סימן ל' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

בהג"ה

סימן שלה

סעיף א (א) **בהג"ה** הדין עם המלמד. עי' בשעה"מ לעיל בסימן פ"ד ס"ק ו' מ"ש להביא ראי' מדברי הרמ"א הלז לדעת הש"ך שם בס"ק ז' וע"ש בס"ק ג' מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן שלו

סעיף ב (א) **דבר** של הפקר. עי' בקצה"ח ס"ק א' מ"ש בזה ועי' בתשובות רע"א הנדפס מחדש מ"ש על דברי הקצה"ח והאריך בזה ועי' במעיני החכמה בב"מ קי"א א' ד"ה דכ"ע מ"ש בזה:

סימן שלז

סעיף א (א) **פועל** העושה מלאכה כו'. עי' בש"ך ס"ק א' שכ' בכרם רעיך ולא של הקדש וה"ה של עובד כוכבים לא למאי דקיי"ל גזל העובד כוכבים אסור כן הוא בש"ס עכ"ד ועי' בדברי משפט ס"ק א' שכתב דמשמע מדברי הש"ך דפועל העושה מלאכה לעובד כוכבים בדבר מאכל אסור לאכול ולא ידעתי כונת דבריו דהא מבואר בב"מ פ"ז ב' רעיך ולא בכרם עובד כוכבים הניחא למ"ד גזל עובד כוכבים אסור הוי להדיא דלמ"ד גזל עובד כוכבים אסור אצטריך דרעיך אתי דוקא בכרם ישראל אסור ליתן אל כליו אבל בכרם עובד כוכבים אפילו לכליו רשאי ליתן וכן משמע מפרש"י עכקוש"י והניח בצ"ע. והנה לפי מה דמשמע מפרש"י שפיר קושי' הדברי משפט אבל באמת בשימקו"ב שם הביא בשם הריטב"א שכ' וז"ל הניחא למ"ד גזל עובד כוכבים אסור פי' היכא למימר דה"נ לא יאכל דאחשבה רחמנא כגזל כיון דאיהו לאו בר מצוה הוא אלא למ"ד גזילו מותר מאי איכא למימר עכ"ל ואח"כ כ' שם בשם הריטב"א דלמ"ד גזל עובד כוכבים אסור תרתי שמעת מיני' רעיך ולא של עובד כוכבים ולא של הקדש דלאו רעיך הוא יעוש"ה הרי שכ' להדיא כד' הש"ך הנ"ל והיינו דהריטב"א לא היה גורס כגירסא שלפנינו הניחא למ"ד גזל עובד כוכבים אסור היינו דאיצטריך קרא למשריי' אלא למ"ד כו' אלא היה גורס בפשט הניחא למ"ד גזל עובד כוכבים אסור ולכך פי' דגם לפי הס"ד הוי ס"ל דלא בכרם עובד כוכבים קאי על ואכלת דבעובד כוכבים אסור וגם לפי המסקנא דינא הכי וכן ראיתי בשעה"מ ס"ק א' ובתרומת הכרי והגהות חכמת שלמה שהק' קושי' הדברי משפט הנ"ל על הש"ך וכתב דהש"ך ס"ל כגירסת הריטב"א הנ"ל. ושוב ראיתי בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכ' נמי כן דהש"ך ס"ל כגירסת הריטב"א אבל לפי הגירסא שלפנינו י"ל דבשל עובד כוכבים מותר ליתן לתוך כליו והביא השעה"מ ד' היראים מצוה קס"ד שכ' כרם רעיך ולא של עובד כוכבים ולא של הקדש עכ"ל והיינו כהש"ך עכ"ל. והיינו דהיראים נמי ס"ל כגירסת הריטב"א הנ"ל ולא כגירסא שלפנינו וכן ס"ל להש"ך הנ"ל ומיושב קושי' הד"מ הנ"ל ועיי"ש עוד בשעה"מ שכ' ליישב קושי' המע"מ שם על הרי"ף והרא"ש שהעתיקו מסקנת הש"ס כרם רעיך ולא של הקדש כיון דהשתא פי' דגזל עובד כוכבים אסור א"כ י"ל רעיך ולא של עובד כוכבים וכ' ליישב עפ"ד רש"י הנ"ל וכ' דגם הרמב"ם בפ"ט מהל' מלכים הלכה ט' ובפי"ב מהלכות שכירות הלכה ה' ס"ל נמי כרש"י הנ"ל והיינו דגורסים כגירסא שלפנינו ותמה על הש"ך שכתב הדבר בפשיטות נגד רש"י והרי"ף והרמב"ם ופי' מכח זה דבכרם עובד כוכבים מותר לאכול דלא כהש"ך ועי' בספר מנחת הבקר בב"מ שם מ"ש ליישב דברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש בב' אופנים ולפי תי' הב' שם דהא דממעטינן רעיך ולא של עובד כוכבים הלא בין אי פועל משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל כו' יעוש"ה שפיר י"ל דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש הנ"ל ס"ל דבשל עובד כוכבים אסור לאכול וכמ"ש הש"ך ולק"מ קושי' השעה"מ הנ"ל ועי' במעיני החכמה בב"מ שם מ"ש בזה:

שוב ראיתי במנחת חינוך מצוה תקע"ו אות ג' שהקשה על הש"ך מדברי הגמ' הנ"ל והביא ד' הריטב"א הנ"ל שאינו גורס כגירסא שלנו והאריך בזה ותמה על הש"ך דאמאי כ' בפשיטות דאינו רשאי לאכול והניח בצ"ע יעוש"ה. וכבר קדמוהו השעה"מ הנ"ל בזה ולפ"ד המנחת הבקר בתירוץ הב' הנ"ל ניחא קושיא זו וא"כ כיון דבהריטב"א והיראים מבואר בהדיא כהש"ך וגם הרי"ף והרמב"ם בפי"ב מהל' שכירות והרא"ש לפי תי' הב' של המנחת הבקר הנ"ל נמי י"ל דס"ל כהש"ך א"כ יש לפסוק כהש"ך הנ"ל. עוד ראיתי במנחת חינוך שם שהק' לפי שיטת היראים שהובא במג"א בסימן תרל"ז ס"ק ג' שסובר דאפילו אם גזל העובד כוכבים מותר מ"מ לא מיקרי לכם גבי לולב וכדומה א"כ מאי מקשה הש"ס כאן למאן דס"ל דגזל עובד כוכבים מותר השתא גזילו מותר כו' דלמא גלי הכתוב בפועל דמותר ליתן לכליו והוי שלו ממש ונפ"מ לענין אתרוג וכדומה עכקוש"י והניח בקושי' יעוש"ה. ולא ראה דברי היראים הנ"ל שכ' כגירסת הריטב"א הנ"ל ולא כגירסא שלפנינו וא"כ אף לפי הס"ד הוי ס"ל דבכרם עובד כוכבים אסור דלאו בר מצוה הוא ולק"מ קושי' המנחת חינוך על היראים דלפי גירסת היראים עצמו במצות תס"ד שפיר ניחא ד' היראים שהביא המג"א הנ"ל וכן ראיתי בדברי חיים בדיני גניבה וגזילה סימן ב' שהק' על היראים כמו שהק' המנחת חינוך הנ"ל והביא ד' היראים שגורס כגירסת הריטב"א הנ"ל והאריך בזה וכ' לבסוף אולם לפירש"י וכן לכל הפוס' הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דמבואר דבכרם עובדכוכבים מותר לאכול כו' וא"כצ"ע לכאורה ראי' דהנך פוס' סוברים אי גזל עובד כוכבים מותר הוי לכם ג"כ עכ"ד יעוש"ה. ולפ"ד המנחת הבקר הנ"ל די"ל דאף הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ס"ל דבכרם עובד כוכבים מותר לאכול וא"כ ממילא ס"ל כהיראים הנ"ל דלא מקרי לכם וכנ"ל ועי' בישועות יעקב באה"ע סימן כ"ה ס"ק ג' ובספר דברי שאול בדרוש לשבת תשובה מ"ש בזה ולכאורה קשה על היראים הנ"ל מב"ק ס"ו ב' גבי קרבנו ולא הגזול דפריך הגמ' אלימא לפני יאוש ל"ל קרא פשיטא ומאי פריך הא צריך קרא בגזל עובד כוכבים דיכול להקדישו כיון דאינו מחויב להחזיר חשוב כשלו ומ"מ מיעטה תורה מקרבנו דלענין קרבן אינו חשיב כשלו וכמדומה לי שכן הק' בישועות יעקב באו"ח סימן י"א ואינו ת"י. אבל באמת לק"מ דכיון דלא מקרי שלו לענין לולב ה"ה נמי דא"י להקדישו דלענין הקדש בעינן שיהי' שלו ממש מדאורייתא כמו גבי לולב ולק"מ קושי' הנ"ל ושפיר ד' היראים ובד' היראים דסימן תרל"ז הנ"ל יש ליישב קושי' הריטב"א בקידושין י"ז ב' גבי הא דאמר רבא עובד כוכבים יורש את אביו ד"ת והק' למאי נפ"מ אי יורש ד"ת או לאו ותי' דנפ"מ לפי דגזל עובד כוכבים אסור מה"ת יעוש"ה וקשה למ"ד מותר מה"ת מאי איכא למימר ולפ"ד היראים הנ"ל ניחא דנפ"מ לענין אתרוג דבעי שלכם ואי לא הוי' יורש מה"ת הוה הפקר ומיושב קושי' הריטב"א אך לד' רש"י הנ"ל ולפי הגירסא שלפנינו מוכח דלא כהיראים הנ"ל ויש ליישב לד' רש"י קושי' הריטב"א הנ"ל דיש נפ"מ לענין גר ועובד כוכבים שירשו את אביהם עובד כוכבים דאם לא הוי' יורש לא הוי חליפי ע"ז משא"כ כל שיורש שייך ענין ברירה ועוד יש נפ"מ לענין אם נתחייב להישראל דיש פסידא לישראל כנ"ל:

סעיף י (ב) **הי'** עושה בגפן זה כו'. עי' במנחת חינוך שם אות ב' מ"ש בדינים אלו והאריך בזה ועי' במעיני החכמה בב"מ ל"ב א' ד"ה איבעיא להו מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן שלח

סעיף ה (א) **אסור** ואינו לוקה. עי' ש"ך ס"ק ב' שכתב דבזמן הזה אפילו מלקות והשלומין באין כאחד חייב ממון כו' ובזה"ז הוה כלא התרו בו ועי' לעיל בסי' א' ס"ק א' שכתבתי דהנתיבות שם בס"ק ג' לא ראה ד' הש"ך אלו יעוש"ה ועי' בתרומת הכרי שהשיג על הש"ך וכ' דיש קצת ראי' מדברי הג"א בפ' החובל גבי החובל בשבת ויו"ט כו' דלא כהש"ך ובסי' תכ"ד מ"ש בזה ועי' בדברי משפט בס"ק א' ובמשנת חכמים הל' ע"ז סימן כ"ב ביבין שמועה אות א' מ"ש בזה:

סימן שלט

סעיף ג (א) **משום** בל תלין. עי' בחידושי הריטב"א בב"מ ק"י ב' שכ' דאפילו אם שכרו בפחות מש"פ מ"מ עובר משום בל תלין ועי' במנחת חינוך מצוה ר"ל אות ו' מ"ש על דברי הריטב"א והאריך בזה ועי"ש עוד באות א' שהביא דברי הסמ"ג בשם הת"כ דאף בשכר קרקע עובר משום בל תלין כו' וכבר קדמו השעה"מ בזה ס"ק א' ופי' כן ועי"ש עוד במנחת חינוך ובפ"י בב"מ ק"ו ב' ובחמדת שלמה שם ובמעיני החכמה שם ובשעה"מ בפ"א מהל' גזילה הל' ב' מ"ש לענין גר תושב יעוש"ה:

סעיף ז (ב) **אין** שום א' מהם עובר כו'. עי' בחמדת שלמה בב"מ ק"י ב' ד"ה ה"ר כו' שהקשה דאמאי לא נימא דשלוחו של אדם כמותו כו' והביא כן בשם חידושי הריטב"א וכן הק' במעיני החכמה שם קי"א א' ד"ה דאמר להו מסברת עצמו ולא הביא דברי הריטב"א שכבר הקדימו בקושי' זו ועי"ש מ"ש ליישב קושי' זו וכן הק' בהגהות הרש"ש שם מסברת עצמו ועי' בספר ברית יעקב חחו"מ סימן ק"ב מ"ש ליישב קושי' זו יעוש"ה:

סעיף י (ג) **ולא** היה לו מעות. עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א מ"ש בזה:

הלכות שאלה

סימן שמ

סעי' א (א) **השואל** מחבירו בהמה. עי' בדברי משפט ס"ק א' שהביא ד' המשל"מ בפ"א מהל' שכירות שכ' דל"א שואל חייב באונסין אלא באונס דאתי מעלמא כו' והד"מ השיג עליו וכ' דשואל חייב אפילו באונס דלא אתי מעלמא והביא ראי' לזה:

סעיף ג (ב) **בהג"ה** לא יוכל לשבע. עי' ש"ך ס"ק ז' מ"ש ליישב קושי' הב"י כו' ועי' בקצה"ח ס"ק ד' ובנתיבות ס"ק ז' ובדברי משפט ס"ק ה' מ"ש והאריכו בזה ועי' לעיל בסימן ע"ב ס"ק י"ח מ"ש בזה יעוש"ה:

סעי' ד (ג) **השואל** בהמה כו'. עי' בקצה"ח ס"ק ה' שכ' דאפי' נתן השואל לבעלים פחות מש"פ תו לא הוי דין שואל כו' לא הוי כל הנאה שלו עכ"ד ועי' במנחת חינוך מצוה כ"ט אות א' מ"ש על ד' הקצה"ח אלו והאריך בזה יעוש"ה:

סימן שדמ

סעיף ד (א) **או** שא"י. עי' בקצה"ח ס"ק ג' ובדברי משפט ס"ק א' ובש"ש שמעתא ב' פ' ו' ז' ובחמדת שלמה בחידושיו לב"מ צ"ח בסוגיא דשתי פרות ובמעיני החכמה שם ובחידושי הרי"מ שם ובדברי חיים בדיני שומרים בסימן כ"ד כ"ה ובס' זית רענן ח"ב החו"מ סי' פ"א מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סימן שמו

סעיף א (א) **הוי** שאלה בבעלים. עי' בקצה"ח בסי' רל"א ס"ק י"ח ובשעה"מ כאן ס"ק א' ובדברי משפט ס"ק א' מ"ש בזה:

סעי' ו (ב) **בהג"ה** דשלוחו של אדם כמותו. עי' בשעה"מ ס"ק ב' שהק' דהא בב"מ נ"ו א' איתא דזה תליא בפלוגתא דר' יאשי' ור' יונתן לענין נדרים כו' וא"כ קשה למה סתם הרמ"א ביו"ד סימן רל"ד סעיף ל' שא"י לעשות שליח לא להקמה ולא להפרה ולא כ' דעת הי"א דפ' כאן כר"י דשלוחו ש"א כמותו וגהי דהכא מטעם ספיקא דדינא כו' וא"כ לענין הפרה ניחא כו' מ"מ אמאי אזלינן לקולא דא"י לעשות שליח להקמה הא מספי' יש לנו לילך לחומרא דהוי הקמה וביותר קשה על הטור דכאן כ' ב' דיעות בזה וביו"ד סימן רל"ד כ' בפשיטות דא"י לעשות שליח לא להקמה ולא להפרה אפילו בנדרים שנדרה כבר עכקוש"י וכבר קדמו בקושי' זו בתשובות יד אלי' סימן נ"ה על הרמ"א הובא בתשובות רע"א בסימן מ"ז ובחידושי רע"א ביו"ד שם והגאון רע"א שם הק' כן על הטור הנ"ל וגם על הרא"ש שכ' בפשיטות דר' יאשי' הוא המחמיר יעוש"ה. והנה השעה"מ תי' דכיון דקי"ל כל הנודר כאלו בנה במה והמקיימו כאלו הקריב עלי' קרבן ונקרא חוטא ורשע כו' וא"כ בלא"ה א"י לעשות שליח להקמה דאין שליח לד"ע והשליחות בטל ממילא ולכך ל"פ ר' יאשי' ור"י רק לענין הפרה ולא לענין הקמה דבלא"ה א"י לעשות שליח לכ"ע מטעם דאין שלד"ע עכ"ד. הנה מ"ש דבאין שלד"ע המעשה בטל וכ"כ לעיל בסימן ק"פ ס"ק ג' לדבר פשוט דהמעשה בטל כן הוא דעת הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סימן ע"ה והיינו כהתי' הב' של התוס' ב"מ י' ב' ד"ה דאמר כו' אבל לפי תי' הא' של התוספות שם דאין שלד"ע המעשה קיים וכן הוא דעת הגאון מהמבורג בתשובות נו"ב שם סימן ע"ו ועי' לעיל בסימן קפ"ב ס"ק ב' ובסימן ר"ה ס"ק א' מ"ש בזה יעוש"ה ולפי תי' זה צ"ל בקושי' הנ"ל כמ"ש ליישב בתשובות רע"א שם בסימן מ"ה יעוש"ה ועי' בספר מנחת הבקר בב"מ שם מ"ש להסתפק היכא דשואל בשביל עצמו אפשר דנעשה שליח גם בשביל חבירו והאריך בזה ועוד כ' להסתפק היכא דהשאיל אפוטרופוס נכסי קטן ונשאל הקטן עצמו להשואל אם חשוב שאלה בבעלים כו' והאריך בזה יעוש"ה:

(ג) **ואם** אמר לעבדו הכנעני כו'. עי' במנח"א הל' שלוחין סימן י"א שכ' דאם אמר לפועל עובד כוכבים השאל עם פרתי ה"ז חשיב שאלה בבעלים דיד פועל כיד בעה"ה דמי עכ"ד ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שליין על דברי המח"א אלו וכ' עליו לדבריו לע"ג ועי' לעיל בסימן קפ"ח ס"ק ב' מ"ש על דברי המח"א הנ"ל והארכתי בזה יעוש"ה ועי' עוד בגליון ש"ע מ"ש בזה:

סעי' י (ד) **ה"ז** ספק כו'. עי' ש"ך ס"ק ו' שכ' דמשמע מכאן דאין ש"ש חייב בגניבה ואבידה אא"כ שכרו ש"פ ועי' בחמדת שלמה בב"מ נ"ו א' שכ' להסתפק היכא דקבל שכרו פ' מש"פ י"ל דנעשה ש"ש ואין ראי' מכאן כו' והניח בצ"ע ועי' לעיל בסימן ש"ג ס"ק א' מ"ש על הש"ך בזה יעוש"ה:

סימן שמח

סעי' א (א) **או** כדי לצערו. עי' בקצה"ח ס"ק א' מ"ש לענין גונב ע"מ למיקט אם חייב באונסים ועי' בדברי חיים בדיני גניבה סימן א' מ"ש על דברי הקצה"ח ומ"ש שם לענין אם חייב מלקות בגונב ע"מ למיקט והאריך בזה ועי' בחידושי הרי"מ ס"ק ג' ובמנחת חינוך מצוה רכ"ד אות א' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעי' ד (ב) **הכניסה** לרשותו. עי' בקצה"ח ס"ק ב' מ"ש על דברי רש"י ב"מ י' ב' ד"ה גגו כו' ועי' בחידושי הרי"מ ס"ק ו' ובדברי חיים שם סי' י' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

(ג) **בהג"ה** אימת גנב חייב בכפל. עי' בסמ"ע ס"ק י' שהביא בשם הטור שכ' ובלבד שחייב אע"פ בקרן כו' והוא מהש"ס בב"ק ע"ה א' אמר רב המנונא כו' שהרי חייב עלמו בקרן ועי' במעין גנים ובספר מי נפתוח בקדש לענין אות ובספר נחל יצחק בסימן ע"ב ס"ק ז' ובסי' ל"ז ס"ק א' מ"ש ליישב קושי' הש"ס בב"ק י"ד ב' פרט למודה בקנס ואח"כ באו עדים דפטור והא לא מחייב א"ע במידי והאריכו בזה ועי' עוד במעין גנים ובתרומות הכרי בסימן א' ובספר מהר"ס מינץ סימן כ"ז ובס' ברית יעקב חחו"מ סי' פ"ג מ"ש ליישב קושי' המשל"מ בפ"ג מהל' גניבה ממשביע עדי קנס כו' והאריכו בזה ועי' בחידושי הרי"מ ס"ק ז' מ"ש והאריך בזה ועי' עוד בחידושי הרי"מ שהק' על הסמ"ע לעיל בסימן ל' ס"ק מ' שכ' דדעת הטור והמחבר דגזלן נאמן לטעון החזרתי דמ"ש מכל הוחזק כפרן כו' דא"כ כו' והאריך בזה וכבר הקדימנו בקושי' זו בתומים שם ס"ק י' ובשעהמ"ש שם ס"ק ט' ובקצה"ח בסימן ע"ט ס"ק ה' ובדברי משפט שם ס"ק ה' והאריכו בזה ליישב ועי' בסימן ע"ט ס"ק ו' מ"ש בזה יעוש"ה :

סעי' ח (ד) **בהג"ה** אינו בר חיובא כו'. עי' בש"ך ס"ק ו' שהאריך להוכיח כהג"י דאף בששליח שוגג אמרינן דאין שליח לד"ע. ועי' בקצה"ח ס"ק ד' ובנתיבות ס"ק ד' ובדברי משפט ס"ק ג' ובתרומות הכרי ובדברי חיים שם סימן ד' ה' ו' מ"ש והאריכו בזה ועי' עוד בנתיבות שהק' על התוס' שבועות ג' שכ' דלמ"ד כששליח אינו בר חיובא חייב המשלח אפילו בשליח עובד כוכבים כו' א"כ אמירה בשבת כו' יהי' דאורייתא עכקוש"י וכ' ליישב זה ובאמת כבר קדמוהו בקושי' זו בשו"ת פ"י חיו"ד סי' י"ד ולא ראה הנתיבות ד' הפ"י אלו שכבר הקדימו בזה ועי' בבית מאיר בהא"ע סימן ה' ובחת"ס סופר חחו"מ סי' קפ"ה ובח' או"ח סימן פ"א מ"ש ליישב קושי' זו והאריכו בזה ועי' בנודע בשערים ח"ב חחו"מ סימן ע' מ"ש על הנתיבות והאריך בזה יעוש"ה :

סימן שמט

סעי' ב' (א) **צריך** לטבע שאינו ברשותו. עי' בסמ"ע ס"ק ד' ה' ועי' בקצה"ח ס"ק ב' ושעהמ"ש בסימן ל"ו ס"ק ה' ובדברי חיים בדיני שומרים סימן כ"ט מ"ש בזה יעוש"ה :

סעיף ג' (ב) **פטור** אף לאחר שיגדיל. והוא מד' הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה הלכה ח' וכן מבואר ברא"ש בפ' החובל סימן ט' אך בהגהות אשר"י שם כ' בשם א"ז דקטן חייב לשלם כשיגדיל והביא ראי' מרש"י בפ' הגוזל עצים גבי כפי' רפרס לרב אשי שפי' ששרף שטר חבירו בילדותו ואגבי מיני' גוביינא מעלייתא וכן משמע בפ' ד' וה' דקאמר ר"י ב"ר חנינא מעליית אפוטרופוס כו' וכ"ש היכא דאזקי נפשייהו עכ"ד ועי' בט"ז באו"ח סימן שמ"ג ס"ק ב' שדחה הראי' של הג"א מהא דעליית אפוטרופוס דשאני גבי מועד כו' ועל ראי' הג"א מד' רש"י כ' דכונת רש"י הנ"ל דרפרס כפאו בדברים לעשות לפניס משורת הדין כו' והיינו כמו שפ' הרמ"א והוא מפסקי מהרא"י סימן ס"ב ועי' בט"ז כאן שכ' די"ל כמ"ש רש"י בכתובות פ"ו א' על מידי אחרינא דהיינו שבא הדין לפני רב אשי והקיפו רפרס לר"א בראי' וסברות שיפסוק שיגבה התובע גיבוי גמור כו' וה"נ יש לפרש כן לענין דינא דשורף שטרות ובד' רש"י הנ"ל כתב די"ל דעכ"פ לא הי' קטן אלא יגד בשנים ובא רש"י להתגלל את ר"א שלא עשה מעשה כזה אלא בילדותו ולא בהיותו ת"ח עכ"ד וכ"כ בתשובות מהר"ס פדווא סי' ל' דזהו כונת רש"י הנ"ל ועוד כ' שם ליישב ד' הרמב"ם ועי' בשעהמ"ש ס"ק ב' מ"ש ליישב דלא תקשי מהא דר"א הנ"ל ועי' בתפארת שמואל שם שהביא ד' רש"י דכתובות הנ"ל וכ' דכן עיקר והביא ראי' מפ' הגוזל בתרא קי"ב א' גבי קטנים מי מחייבי ועי' ביש"ש בפ' הגוזל קמא סימן י"ט שכתב דיש לפרש הא דהגוזל קמא כמו שפירש"י בפ' הכותב וכמ"ש הט"ז הנ"ל ועי' בספר חסידים סימן תרל"ב שכ' דחייב לשלם כשיגדיל וי"ל דכונתו דצריך לשלם לפנים משורת הדין וכ"כ בשבו"י ח"א סי' קע"ז דאין ראי' מספר חסידים הובא דבריו בפ"ת ס"ק ב' וכן עיקר לדינא דאינו חייב לשלם אף כשיגדיל וכן פ' ביש"ש בפרק החובל סימן כ"ז ודלא כהגהות אשר"י הנ"ל וכ"פ המשל"מ בפ"י מהלכות מלוה הל' י"ד ובתשובות רע"א בסימן קמ"ז וכ' דדעת הגהות אשר"י היא דעת יחידאי ועי' בדברי חיים בדיני נזקי ממון סי' י"א ובמשנת חכמים הל' יסודי התורה סי' ב' בלפנת פענח אות כ"ד ובמים חיים חאו"ח סימן ט"ז ובספר נחל יצחק סימן ז' מ"ש בזה יעוש"ה :

סימן שנ

סעיף א (א) **גנב** אלבו כו'. עי' בסמ"ע ס"ק א' שכתב דחיוב ממון בא מיד שהגבי' כו' וחיוב מלקות וכרת לא חל עליו אלא אח"כ בשעת אכילה ועי' במעין גנים מ"ש על ד' הסמ"ע והאריך בזה ועי' עוד בסמ"ע מ"ש לחלק בדעת הטור בין שלא לשחוט בשבת ובין שוחט ונמלאת טריפה כו' ובש"ך ס"ק א' תמה עליו מד' הש"ס בפ' מרובה ע"א א' ובפרק אלו נערות ל"ד א' כו' ועי' בנתיבות ס"ק א' ובשעהמ"ש ס"ק א' ובטור האבן סימן י"ט ובשושנת העמקים כלל כ"א מ"ש והאריכו בזה ועי' עוד בש"ך מה שהאריך בענין טוה"כ ופ' דטוה"כ הינה ממון ועי' בשעה"מ בפ"ה מהלכות איסות הלכה ו' ובטעם המלך שם ובספר שפת הים ח"ג סי' ו' מ"ש והאריכו בזה ועי' בקצה"ח ס"ק ב' מ"ש בד' הטור לענין גנב שור של שני שותפין כו' ובנתיבות ובדברי משפט בסוף הס' בחידושים מבן המחבר שם מ"ש בזה ועי' עוד בקצה"ח ס"ק ג' מ"ש בד' הטור והמשל"מ לענין אם עשה שליח לשחוט לו בשבת כו' ועי' במעין גנים בסימן שמ"ח מ"ש והאריך בזה ועי' עוד בקצה"ח ס"ק ד' מ"ש על ד' הרשב"א בתשובה ח"ג סימן ק"י ועי' בנתיבות ובספר מלבושי יו"ט חחו"מ סימן י"א מ"ש בזה ועי' בדברי חיים בדיני גניבה סימן ח' ט' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סימן שנא

סעיף א (א) **בהג"ה** אבל אבדו כו'. עי' ש"ך ס"ק א' מה שתמה על הרמ"א כו' ועי' בקצה"ח ס"ק

ס"ק ב' ובדברי משפט בסימן כ"ב ס"ק א' ובסוף הספר בחידושים מבן המחבר בסימן זה ובמעין גנים מ"ש ליישב קושי' זו והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן שנג

סעיף א (א) **ונעשה** איל כו'. עי' ש"ך ס"ק א' שהביא קושי' מהרש"ל פ' מרובה כו' ומ"ש ליישב ועי' בנתיבות ס"ק א' מ"ש בזה ועי' במים חיים חחו"מ סימן כ"ג מ"ש ליישב קושי' זו והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף ב (ב) **אינו** קונה. עי' בסמ"ע ס"ק ג' שהביא ד' הטור בשם הרא"ש שכ' כיון דרבה מספקא לי' כו' לריכה גט מספק כו' ועי' ביש"ש בפ' מרובה סי' ז' ובמע"מ שם מה שהק' על הרא"ש והטור דהא הוי יאוש וש"ר כו' והאריך בזה ועי' בקלה"ח ס"ק א' ובתרומת הכרי ובקונטרס הספיקות בכלל א' אות ח' ובג"פ באה"ע סימן ק"כ ס"ק ז' ובהמקנה בק"א סימן כ"ח סעיף א' ובבית מאיר שם ובאבני מלואים שם ובישועות יעקב שם ס"ק ב' ובדברי חיים בדיני גניבה סי' י"א ובסוף הספר שם בחידושים מבן המחבר אות ה' ובחידושים מהר"א שם השייך לסימן כ"א ובספר עונג יו"ט חאה"ע סימן קל"ו מ"ש ליישב קושי' זו והאריכו בזה יעוש"ה :

סעיף ג (ג) **אבל** מחזיר הדמים. עי' ש"ך ס"ק ה' מה שהק' ובס"ק ו'. ועי' בקלה"ח ס"ק ב' ובנתיבות ס"ק ג' ד' ובדברי משפט ס"ק ב' ובסוף הספר בחידושים מבן המחבר שם ובסימן שס"א ובפ"י בב"ק קי"א ב' ובמחנה לוי שם ובספר יש התלמוד ובמפרשי הים שם ובכפות תמרים בסוכה ל' א' ובשעה"מ בפ"ה מהלכות גניבה הלכה ג' ובהמקנה בקו"א שם ובקהלת יעקב שם ובטיב קידושין שם ובדברי חיים שם בסימן י"ב ובספר רמ"ץ ח"ב בסוף הספר בהשמטות סימן י' ובספר ארלות החיים סימן י"א באהרן יהודא ס"ק י' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן שנד

סעיף ו' (א) **א"י** להקדיש כו'. עי' בקלה"ח ס"ק ד' ה' ובסימן ס"א ס"ק ג' ובדברי משפט שם ס"ק א' ובתרומת הכרי כאן ובתוספות רע"א במשניות במעשר שני פ"ה אות י"ז ובדברי חיים בדיני גזילה סימן י"ז ובספר עונג יו"ט חיו"ד סימן ל"ג ובספר חידושי מהרשד"ם אות י' יאוש ושינוי רשות מ"ש ליישב ד' הרמב"ם בפ"ט מהלכות נטע רבעי שפי' כלנוטים והוא פ' כר"י והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן שנח

סעיף יב (א) **בהג"ה** מ"מ בספק גניבה כו'. עי' בכפות תמרים בסוכה ל' א' שהק' על זה מדברי הגמרא דהא בהך דאוונכרי הוי רק ספק גזל כו' ועי' בדברי חיים בדיני גניבה סימן כ"ב שהשיג על הכפ"ת והאריך בזה ליישב קושי' יעוש"ה :

הלכות גזילה

סימן שנט

סעיף א (א) **אפי'** כל שהוא. וכתב הסמ"ע ס"ק ב' דהאי שיעור הוא איסור דאורייתא כמו שאסור ח"ש באיסורין עכ"ל וכ"כ המ"מ בפ"א מהלכות גניבה הלכה ב' דדין פחות מש"פ בממון כדין ח"ש באיסורין ולכאורה קשה בשלמא באיסורין ח"ש אסור מה"ת מטעם דחזי לאיצטרופי אבל בזה לא שייך חזי לאיצטרופי כיון שמוחל לו אח"כ וכן ראיתי בדברי חיים בדיני גניבה סימן ב' שהק' כן והאריך בזה ועי' בחידושי הרי"מ בסימן שמ"א ס"ק א' ובמנחת חינוך מצוה ק"ל אות א' ובספר עטור בכורים בתוספתא בפתיחה לסדר נשים מ"ש והאריכו בזה ועי"ש עוד בחידושי הרי"מ מ"ש לענין כלים והאריך בזה יעוש"ה :

(ב) **בין** עובד כוכבים. עי' בש"ך ס"ק ב' שהביא ד' היש"ש בפ' הגוזל בתרא שהכריע לענין דינא כרש"י דגזל עובד כוכבים אינו אסור אלא מדרבנן וכתב היש"ש שם אף דכתיב אחרי נמכר גאולה תהי' לו הוי אסמכתא ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהק' על היש"ש מבכורות י"ג ומב"מ פ"ז ב' כו' דמדמלרכינן קרא באונאה ובכרס מוכח דמ"ד גזל עובד כוכבים אסור היינו מדאורייתא עכקוש"י והניח בצ"ע. וכבר קדמו בקושי' זו מהא דבכורות במח"א הל' גזילה סימן ג' ועין במהרי"ט אלגזי בבכורות י"ג שכתב ליישב קושי' הנ"ל מבכורות עפ"ד הר"ן בסנהדרין כ"ז והאריך בזה ועי' בביאורי הגר"א בסימן שמ"ח ס"ק ה' שהביא ראיה מד' הגמרא דב"מ הנ"ל דלא כרש"י בסנהדרין שם ד"ה ישראל כו' ועי' בחכם לבי סימן כ"ו ובנו"ב מהדו"ק חיו"ד סימן פ"א ובישועות יעקב באה"ע סימן כ"ח ס"ק ג' ובחוט המשולש הנדפס מחדש בתשובת הגאון ר' חיים מסימן י"ד עד סימן י"ח מ"ש והאריכו בזה ועי' בספר מנחת דר"א לעיל בסימן ל"ד סעיף ז' שכתב דאף בגזל עובד כוכבים פסול לעדות מיהת מדבריהם כו' ועי' בספר תשובות חן סימן מ"ד מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סעי' י' (ג) **בלא** תחמוד. עי' במנחת חינוך מצוה ל"ח מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סימן שם

סעי' ב (א) **אינו** בתורת השבה. עי' במח"א הל' גזילה סימן א' ובדברי חיים בדיני גניבה סימן ב' ג' ובמנחת חינוך מצוה ק"ל אות א' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה :

סימן שסא

סעיף ב (א) **עם** שינוי השם גרוע. עי' בנתיבות ס"ק א' ובקלה"ח בסימן הקודם ס"ק ה' ובדברי משפט סימן שנ"ג ס"ק א' ובכפות תמרים בסוכה ל' ובדברי חיים בדיני גניבה סימן י"ח כ"א ובקונטרס מים חיים שם בסי' ל' ובסוף הספר שם בחידושים מהר"א השייך לסימן ל' ובספר תשובות חן סימן מ"ו מ"ש והאריכו בזה ועי' בספר זית רענן ח"ב חחו"מ סימן פ"ג מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סימן שסב

סעיף ו' (א) **ואם** תפס כו'. עי' בקלה"ח ס"ק ג' מה שהק' מד' המ"מ כו' דהוי ספק בתקנה ומ"ש ליישב

לייסב ועי' בחכמת שלמה מ"ש לייסב קושי' זו ועי' לעיל בכללי תפיסה סימן ה' מ"ש לענין תפיסה בספק חקנה והארכתי בזה יעוש"ה :

סימן שסג

סעיף ג' (א) **והזקינו** כו'. עי' ש"ך ס"ק ג' מ"ש לענין יאוש בקרקע ובעבדים ועי' בנתיבות ס"ק א' ובסימן שע"א ס"ק א' ובקצה"ח שם ס"ק א' ובתרומת הכרי שם ובמעין גנים ובכפות תמרים בסוכה ל' ב' בד"ה וקרקע כו' ובפ"י שם ובגיטין ל"ח א' ובגרש ירחים שם וברמ"ך חו"מ בענייני הזקות סימן ה' מ"ש והאריכו בזה ועי' בש"ך ס"ק ב' מ"ש לענין עבדים אי כמקרקעי דמי כו' ועי' בשעה"מ בפ"ג מהלכות גזילה הלכה ד' מ"ש והאריך בזה ועי' עוד בנתיבות ס"ק ב' מה שהק' מגיטין י"ב ומ"ש לייסב ועי' בדברי חיים בדיני גניבה סימן כ"ו מ"ש על ד' הנתיבות והאריך בזה יעוש"ה :

(ב) **הרי** שלך לפניך. עי' בש"ך ס"ק ז' שהשיג על המהרש"ל פ' הגוזל קמא סימן כ' שמחלק בין גזלן לשומר וכ' דאף בשומר יכול לומר הש"ל ועי' בשעה"מ לעיל בסימן ש"ו ס"ק ל"ד ובשעה"מ בפ"ז מהלכות חובל ומזיק הלכה ג' מ"ש בד' הש"ך והאריכו בזה ועי' בספר פרח יוסף בסוף הספר בסימן שפ"ה מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

(ג) **אותה** בעלמס. עי' בקצה"ח ס"ק א' שהביא ד' החק יעקב שכ' דאם תובעו חוץ הפסח לא מצי אמר הש"ל כו' והשיג עליו ועי' בדברי חיים דיני חמץ סימן ע"ו מ"ש לייסב ד' הח"י והאריך בזה ועי' בזית רענן ח"ב חאו"ח סימן י"ב מ"ש בזה יעוש"ה :

סימן שסד

סעיף ג' (א) **ואי"ר** לשבע כו'. עי' בסמ"ע ס"ק ב' שכ' לייסב דמש"ה ל"א דנאמן במגו שהי' נשבע כנגדו ושלא נטל כלום או במגו דהחזרתי לך דזה מחשב כמגו במקום חזקה כו' וגם הוה מגו דהעזה נגד העד עכ"ד. ועי' בביאורי הגר"א ס"ק ז' שהק' על תי' הסמ"ע דמגו דהעזה הלך לשיטתו בכמה מקומות והשיגו הש"ך כמה פעמים עכ"ד. ובאמת זהו תי' ר"י ב"ב ל"ד א' גבי נסכא דר"א בתוספות שם ד"ה הוי כו' משום דהוי מגו דהעזה נגד העד ול"ל דאף דמגו דהעזה אמרינן גבי ממון וכמ"ש הש"ך מ"מ מגו דהעזה גרוע כי האי נגד העד ל"א אף לגבי ממון ולק"מ קושי' הביאורי הגר"א ושפיר ד' הסמ"ע הנ"ל ועי' בתומים בכללי מגו בסימן פ"ב מ"ש בזה. עוד הק' בביאורי הגר"א על תי' הא' של הסמ"ע הנ"ל דהא הר"ן הק' גבי נסכא דר"א לסימן במגו דהחזרתי ותי' דמיירי בעדי ראיה והמ"מ הבריח מדלא כ' הרמב"ם בעדי ראיה ש"מ דהי' לטעון החזרתי כו' וכ"כ ברשב"ם בב"ב שם עכ"ד. נמי לק"מ דש"ל להסמ"ע כמ"ש הש"ך לעיל בסימן ל"ט ס"ק ו' ובסימן מ"ז ס"ק ו' דל"א מגו נגד החזקה דכל מה שתי' האדם הרי הוא שלו וכ' שם דכן ס"ל להרמב"ן והמ"מ כו' בשם הרמב"ם ועי' בתומים שם בס"ק ד' ובנו"ב מהדו"ק חאה"ע סימן ל"ז מ"ש בזה ומ"ש הר"ן הנ"ל דמיירי בעדי ראיה וכן המ"מ הנ"ל עפ"ד הרמב"ם אין סתירה לזה דשפיר י"ל דס"ל להר"ן והמ"מ דל"א מגו נגד חזקה דכל מה שתי' האדם הרי הוא שלו. רק יש לייסב דבריהם עפ"ד הברית אברהם חאה"ע סימן כ"ז שכ' לייסב קושי' הנו"ב בסימן הנ"ל וכמ"ש לעיל בסימן מ"ז ס"ק א' לייסב בזה קושי' המראות הצובאות באה"ע מן י"ז סעיף כ"ד ס"ק פ"ט בהג"ה והארכתי בזה יעוש"ה. ועי' בכוונת הסמ"ע הנ"ל במה שכתב וגם הוה מגו דהעזה משום דהוי תרי מגו גרוע מגו דהעזה ומגו במקום חזקה ואף דמגו דהעזה לחוד ומגו במקום חזקה לחוד אמרינן אבל תרתי מגו דהעזה ומגו במקום חזקה בזה לכ"ע ל"א וכ"כ בשורש יוסף בכללי מגו דזהו הטעם דל"א מגו דהעזה לאפטורי משבועה משום דהוי תרי מגו גרוע והבאתי דבריו לעיל בכללי מגו סימן א' יעוש"ה וכ"כ התומים בסימן ע"ה ס"ק א' ובכללי מגו סימן ע"ו דמגו דהעזה במקום חזקה ל"א אף בממון וכן הוא נמי כוונת הסמ"ע ולק"מ קושי' הביאורי הגר"א הנ"ל ועי' בדברי חיים בדיני גניבה סימן ל"ד מ"ש לייסב קושי' הסמ"ע הנ"ל עפ"ד הריב"א בתוספות שם גבי נסכא דר"א כו' והאריך בזה:

סעיף ז' (ב) **חייב** להחזיר כו'. עי' בסמ"ע ס"ק ז' ועי' בדברי חיים שם בסימן ל"ה מ"ש בזה והוכיח דהרמב"ם ס"ל דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים והאריך בזה ועי' בקצה"ח ס"ק א' מ"ש להסתפק לענין גוזל בעדים וטוען החזרתי אם משביעין אותו היסת כו' והניח בצ"ע ועי' בבית יהודא מ"ש על הקצה"ח ופ' דודאי אין להשביעו שהחזיר :

סימן שסז

סעיף ג' (א) **א"צ** להוליך אחריו. מפשט ד' המחבר משמע דדוקא לילך אחריו א"צ אבל כשבא הגזל להבוע צריך להחזיר וכן ראיתי בדברי חיים בדיני גניבה סימן ל"ו שהוכיח כן מד' המחבר אך הביא ד' התוספות בב"ק ק"ה א' ד"ה אמר כו' דס"ל דא"צ להחזיר כלל בשנאבד פחות מש"פ והאריך בזה :

סעיף ה' (ב) **בהג"ה** לוה מאחרים כו' עי' בקצה"ח ס"ק ד' שהביא ד' מהרש"א בב"ק ק"ט בתוס' ד"ה לוה כו' שכ' דלגבי מטלטלין ל"א אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"א והקצה"ח תמה עליו דאין חילוק בין קרקע למטלטלין בדין זה וכן תמה בדברי חיים שם בסימן ל"ח והאריך בזה ועי' לעיל בסימן קי"א ס"ק ב' שהבאתי ד' הריטב"א בקידושין כ"ט ב' גבי הוא צוה לפדות כו' שכתב בהדיא כהמהרש"א הנ"ל יעוש"ה ועי' עוד בדברי חיים שם סימן ל"ט מ"ש והאריך בזה :

סימן שע

סעיף ו' (א) **הגוזל** נחל דבורים כו'. עי' בקצה"ח ס"ק א' שהביא ד' הטור כו' ותמה דלמה השמיטו הפוסקים כאן דבעינן לאלתר דוקא ובאה"ע סימן י"ז סעיף י"ג כ' הרמ"א ודוקא לאלתר כו' ואח"כ הביא ד' מהרלב"ח בסימן ר"כ שכ' דדין זה אי בעינן לאלתר הוא מחלוקת ראב"ן וראב"ד כו' וכיון דהוא אלא ספיקא אמרינן כל דאלים גבר עכ"ד ועי' בתשובות מוהרא"ל מהגאון מפלאלק הנדפס מחדש חאה"ע סימן ע"ו שכתב דלאלתר לאו דוקא וכדעת החכם שהביא מהרלב"ח וגם כאן גבי נחיל לא בעינן לאלתר והאריך בזה יעוש"ה :

סימן שעז

סעיף א' (א) **בהג"ה** מלך שהחזיקו כו'. עי' בסמ"ע ס"ק ב' ועי' בספר פרח יוסף בסוף הספר מ"ש על ד' הסמ"ע. והאריך בזה יעוש"ה :

הלכות

סימן שפ

סעיף ב' (א) **שבר** כליו של פ'. עי' בתרומת הכרי מ"ש בזה:

סעיף ג' (ב) **התיר** עצמו למיתה. בסנהדרין ע"ד א' קאמר דר"י בן שאול ס"ל דיכול להצילו באחד מאבריו ולא הציל נהרג עליו ופ' כן הרמב"ם בפ"א מהלכות רוצח הלכה י"ג ועי' בתרומת הכרי שתמה על הטור והמחבר שסתמו כאן ולא הלכו בדבר ובאמת לקמן בסימן תכ"ה כתב הטור דין זה דר"י בן שאול וכן משמע מד' המחבר שם בסעיף א' ועכצ"ל דסתמו כאן דסמכו עמ"ש שם בסימן תכ"ה ואין כאן תימא ועי' עוד בתרומת הכרי שהביא ד' המשל"מ בפ"א מהלכות חובל ומזיק הלכה י' כו' ומה שהק' עליו ומ"ש ליישב עפ"ד התוספות בפ' אלו נערות כו' ועי' במנחת אהרן בסנהדרין שם שהק' נמי כן ותי' נמי עפ"ד התוספות הנ"ל והאריך בזה ועי' בדרוש וחדוש מהגאון רע"א בכתובות ל"ג ב' ד"ה אלא וכו' ובמשכנות יעקב חחו"מ סימן ס"ז מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

(ג) **שהמציל** עצמו כו'. עי' בהפלאה בכתובות י"ט א' ד"ה דאמר מ"ש והאריך בזה:

סימן שפה

סעיף א (א) **היזק** שאינו ניכר. עי' בחכמת שלמה מה שהק' בד' רש"י בגיטין נ"ג א' כו' דלמה כ' ונסקל והניח בצ"ע ועי' בגרש ירחים בגיטין שם מ"ש ליישב ד' רש"י אלו יעוש"ה:

(ב) **אבל** חכמים קנסוהו כו'. עי' ש"ך ס"ק א' מה שהק' על הרי"ף דס"פ החובל ועי' בנו"ב מהדו"ת חחו"מ סימן ס"א מ"ש ליישב ד' הרי"ף והאריך בזה: ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים מבן המחבר שם מ"ש לענין קנס זה אי מהני תפיסה יעוש"ה:

(ג) **אין** קונסין בנו אחריו. עי' בש"ך ס"ק ג' שכ' דאם עמד בדין קונסין בנו אחריו ועי' בדברי משפט ס"ק א' שהק' על הש"ך מהא דקאמר אביי בגיטין מ"ד ב' דהמטמא כו' ומת לא קנסו בנו אחריו והתוס' כ' בגיטין שם נ' ב' ד"ה כיון דאביי ס"ל דשעבודא לאו"ד וא"כ מלוה ע"פ א"נ מיורשין אלא א"כ כשעמד בדין כו' וא"כ ע"כ הא דאמר אביי לא קנסו בנו אחריו איירי כשלא עמד בדין לשיטת הש"ך ואם לא עמד בדין אפי' אם קנסו בנו אחריו הא מלוה ע"פ היא וא"נ מהיורשין למ"ד שעל"ד ע"כ קושי' והניח בצ"ע ובאמת לק"מ די"ל דאביי מיירי כשחייב מודה דבכה"ג מלוה ע"פ גובה מהיורשין וכמבואר לעיל בסימן ק"ח סעיף א' והוא מדברי הגמרא ב"ב קע"ד ב' ומש"ה קאמר אביי דלא קנסו בנו אחריו ולק"מ קושי' הד"מ הנ"ל:

סעיף ב (ד) **ואם** הי' בו שותפות כו'. עי' סמ"ע ס"ק ד' מה שהק' מיו"ד סימן ד' לכאן ועי' בש"ך ביו"ד שם ס"ק ה' ובפלתי שם ס"ק ד' ובחידושי רע"א שם ובעלי לבונה שם ובערוגת הבושם שם ובספר זית רענן ח"ב בחו"מ סימן פ"ה ובמשנת חכמים בסוף הספר בקונטרס חוט המשולש בחולין מ' ב' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה ועי' במעין גנים מ"ש בזה:

סימן שפו

סעיף א (א) **כר'** מאיר כו'. עי' ש"ך ס"ק א' שהק' על הרמ"א מסימן ס"ו לסי' שפ"א כו' ועי' בתרומת הכרי מ"ש ליישב קושי' הש"ך והאריך בזה:

(ב) **בהג"ה** אבל בבהמה כו'. עי' בש"ך ס"ק ה' שהביא ד' הרמב"ן דס"ל דאף בבהמה חייב בדד"ג ועי' במעין גנים שכתב דזהו כונת רש"י בב"ק ל"ה א' ד"ה בסלע לקה מתהפך הי' בסלע ולקה ולמה לא פי' רש"י כפשוטו דע"י רדיפה נלקה בסלע וכמו שפי' הנ"י שם אך רש"י ס"ל כהרמב"ן הנ"ל והאריך בזה וכן ראיתי בחידושי הרי"מ בב"ק שם שכתב דרש"י ס"ל כהרמב"ן הנ"ל ועי' בדברי חיים בדיני נזקי ממון סימן ד' שדיין על ד' רש"י אלו ועי' בספר נחל יצחק בסימן ל"ז ס"ק א' מ"ש על ד' רש"י הנ"ל יעוש"ה ועי' בקצה"ח ס"ק ה' ובספר שפת הים ה"ג סימן ט' מ"ש בזה:

(ג) **הדוחף** מטבע כו'. עי' ש"ך ס"ק ז' שהביא דעת הרבה פוסקים דס"ל דפטור כ"ז שלא הגביהו כו' ועי' בקצה"ח ס"ק ט' ובתרומת הכרי ובהג"ה שם ובדברי חיים שם סימן ה' ו' מ"ש והאריכו בזה יעוש"ה:

סעיף ב' (ד) **השורף** שט"ח של חבירו. עי' ש"ך ס"ק י' שהביא ד' הבעה"ת שער כ"ט כו' והשיג עליו ועי' בקצה"ח ס"ק ד' ובתרומת הכרי ובדברי חיים שם בסי' ז' מה שהשיגו על הש"ך ועי' עוד בש"ך שכתב דלפי מה שהעלה דד"ג אינו אלא דרבנן אין בו ש"ד ועי' בקצה"ח כאן ובסימן פ"ז ס"ק ל"ב שהשיג על הש"ך וכתב דאפי' בממון דרבנן נמי נשבעין ש"ד והביא ראיות לזה וכ"כ בטור האבן סימן י"א כהקצה"ה והשיג על הש"ך והאריך בזה וכ"כ בשערי בינה שער כ' דין כ"א אות א' כהקצה"ח ועי' לעיל בסימן כ"ח ס"ק י"ג מה שיישבתי בד' הקצה"ח קושי' הנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ל"ג על הרמב"ם יעוש"ה ועי' בבית יהודא מה שהשיג על הקצה"ח והאריך בזה:

סימן שפז

סעי' א (א) **שמין** למזיק כו'. עי' ש"ך ס"ק א' שכ' דהיינו כשא"א לתקן הכלי אבל אפשר לתקנו מחויב לתקנו ועי' בתרומת הכרי שהשיג על הש"ך והביא ראיה מב"ק מ"ח א' גבי הכניס שורו לחצר חבירו כו' יעוש"ה:

סימן שפח

סעיף א (א) **בהג"ה** אבל לא אונס ממון. עי' ש"ך ס"ק כ"ב שהביא דעת הרמב"ן והרא"ש והרשב"א דס"ל דאפי' אונס ממון מקרי אונס ועי' בתרומת הכרי שהביא ד' השיטמקו"ב בפ' הגוזל בתרא בשם הראב"ד דס"ל נמי כן אך מחלק בין אונס ממון לנפשות לענין אם אנסוהו ליתן כו' ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהק' על הש"ך מלעיל סימן מ"ו סעיף ל"ז גבי אנוסים היינו מחמת ממון כו' וכן הק' בסימן מ"ו שם והניח בצ"ע ועי' לעיל בסימן כ"ט ס"ק ד' מ"ש ליישב קושי' זו והארכתי בזה יעוש"ה:

סעיף ז' (ב) **א"י** כמה הפסדת כו' עי' ש"ך ס"ק ל"ח שהק' על הרשב"א דאמאי אינו נשבע בנק"ח כו' ותי' דהרשב"א איירי דהנמסר רוצה להחזיק במטלטלין כו' וכה"ג א"א לשבע ועי' בתרומת הכרי שדחה תי' הש"ך דסברא זו כתב הר"ן לדעת הגאונים כו' אבל הרשב"א בחידושיו לשבועות תי' באופן אחר כו' וכמ"ש הש"ך בסימן פ"ע והוא תי' הרשב"א וכתב ליישב קושי' הש"ך הנ"ל יעוש"ה:

סעיף ה (ג) **בהג"ה** מ"מ חייב לשלם. עי' ש"ך ס"ק כ"א שהשיג על המהרש"ל וכתב דל"א מודה בקנס פטור אלא בקנס דאורייתא ולא בקנס דרבנן והביא ראיה ממהרי"ל והמרדכי כו' ועי' בקצה"ח ס"ק י"א שהביא ד' השיטמקו"ב בב"ק בשם הר"ר יהונתן שס"ל כמהרש"ל דאף בקנס דרבנן

דרבנן אמרינן מודה בקנס פטור ומיישב בזה קושי' הפ"י בגיטין נ"ג כו' ואח"כ הק' על מהרש"ל מב"ק ל"ח ב' דקאמר הגמרא תהא במאמינו וא"כ למ"ד דד"ג קנסא היכי מחייב במאמינו בלא עדים עכקוש"י. וכבר הקדימו בקושי' זו בפ"י בב"ק שם והוכיח מכח קושי' זו כהש"ך הנ"ל ועי' בשיבת ציון סימן ק"ט ובבית יהודה בסימן שפ"ו מה שדחו ראי' הפ"י והאריכו בזה והביא השיבת ציון שם דגם הרמב"ם והראב"ן ס"ל כהמהרש"ל הנ"ל ופ' כן ועי' בספר ים התלמוד במפרשי הים בב"ק שם מ"ש ליישב קושי' הפ"י ועי' במעין גנים מ"ש בזה ועי' לעיל בסימן כ"ה ס"ק ב' מ"ש בזה יעוש"ה ועי' בחכמת שלמה שכ' דדין זה תליא בדין המבואר ביו"ד סימן רס"ז סעיף פ' אם קנס דרבנן גובין בבבל ואם מהני תפיסה כו':

הלכות נזקי ממון

סימן שצא

סעיף ז' (א) **אלא** א"כ הוכלא ברשות הניזק. עי' בסמ"ע ס"ק ט' ועי' בתרומת הכרי מ"ש ליישב ד' הרי"ף והאריך בזה:

סעיף ה' (ב) **משלם** כל מה שנהנית. עי' ש"ך ס"ק ב' מה שהביא ד' התוס' והרא"ש בב"ק ק"א כו' ועי' בדברי חיים בדיני נזקי ממון סימן י' ובספר ברית יעקב חחו"מ סימן ק"י מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן שצט

סעיף א (א) **אינו** גובה מבילתה. ומשמע דא"ג כלום ממנה וכן משמע מד' התוספות בב"ק מ"ז א' ד"ה מ"ט כו' אך בסימן ו"ב שם הביא בשם הראב"ד דאף מבילה גובה לפי מה שהשוה בילתה ומה שיגיע לה מהנזק וכן ראיתי בתרומת הכרי שהביא ד' הראב"ד אלו יעוש"ה:

סעיף ג' (ב) **ואפי'** שאין המזיק מוחזק כו'. והטעם משום דמוקמינן אחזקת מ"ק. עי' לעיל בכללי תפיסה סימן ב' שכתבתי דלא מהני ברי נגד חזקת מ"ק והארכתי בזה יעוש"ה וכן מבואר מד' המחבר כאן דלא מהני ברי נגד חזקת מ"ק וכן ראיתי בספר נחל יצחק בסימן ע"ב ס"ק י"א שהביא ראיה זו אך י"ל דאין ראיה מכאן משום דזה מרשיע א"ע והוי מודה בקנס משום דטוען שמא וכ"כ בתרומת הכרי ליישב עפ"ז הקושי' דמש"ה לא הביא המחבר דעת הרמב"ם דס"ל דאפי' בשמא ושמא ועומדת באגם יחלוקו משום דזה מקרי מודה בקנס ועי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שכתב דאף הראב"ד דס"ל דברי עדיף מחזקת מ"ק מודה כאן משום דהוי ברי גרוע ושמא טוב עכ"ד ולפ"ד נמי אין ראיה מכאן די"ל בברי טוב ושמא גרוע ברי עדיף מחזקת מ"ק ואכמ"ל בזה והעיקר לדינא כמ"ש שם בכללי תפיסה הנ"ל דלא מהני ברי נגד חמ"ק אף בברי טוב ושמא גרוע כמו דלא מהני נגד חזקת ממון:

סימן ת

סעיף א' (א) **ומזיק** טוען שמא. עי' ש"ך ס"ק א' שהביא ד' מהרש"ל שכ' דבמועד שרדף חייב כשניזק טוען ברי כו' והשיג עליו דכיון דקי"ל דלא כר"ה ור"י אלא מוקמינן ממונא בחזקת מארי' א"כ בכל ענין הממע"ה עכ"ל ובאמת אין זה השגה דכונת מהרש"ל לפי השי' בתרא שאמר הגמרא בפ"ק דכתובות י"ב ב' דע"כ לא קאמר ר"נ התם אלא דאמרינן אוקמא אחזקה כו' אלמא היכא דחזקה מסייע לברי בזה לכ"ע ברי עדיף וא"כ ה"נ במועד שרדף איכא חזקה אלימתא שנגח אם כן שפיר אמרינן בזה דברי עדיף ומוציאין ממון ושפיר ד' מהרש"ל הנ"ל וכ"כ הש"ך גופי' בסימן ל"א ס"ק י"ב דבברי עם חזקה מהני להוציא ממון והביא שם ד' הבעה"ת בשם הר"י אבן פלאט שכתב כן וכן ראיתי במעין גנים ובמשכנות יעקב בסוף הספר בהגהותיו ובספר תשואת חן בסוף הספר בחידושי הלכה בב"ק ל"ה ב' שכתב כן ליישב ד' מהרש"ל ועי' בספר תפארת יוסף חאה"ע סימן ט"ז מ"ש ליישב ד' מהרש"ל הנ"ל והאריך בזה יעוש"ה:

סעי' ג' (ג) **אתה** יודע כו'. עי' ש"ך ס"ק ד' ועי' בבית יהודה מ"ש על הש"ך והאריך בזה:

(ד) **שבועת** התורה. עי' ש"ך ס"ק ו' שהק' דהא אין נשבעין על הקנס ועי' בתומים בסימן פ"ח ס"ק י"א שכתב ליישב דמודה בקנס תנן ולא בתשלומי קנס כו' ועי' בקצה"ח כאן בס"ק א' שהשיג על התומים ועי' בדברי משפט בסוף הספר בחידושים מבן המחבר שם מ"ש על הש"ך והאריך בזה:

סימן תו

סעיף א' (א) **שנגח** שור כו'. עי' בספר פרת יוסף בסוף הספר שכתב להסתפק לשיטת התוס' בב"ק ו' ב' ובפ' הנזקין דגם שן ורגל פטור בהקדש אי גם בעובד כוכבים פטור שן ורגל או לאו כו' והביא ד' הירושלמי בפרק הנזקין כו' וד' התוס' במנחות ס"ז ד"ה חד כו' וד' הגמרא ב"מ ל"א א' גבי רועה בין הכרמים כו' דגם שן ורגל פטור בעובד כוכבים והביא ד' המים חיים שס"ל דבעובד כוכבים חייב שן והוא השיג עליו והאריך בזה ועי' במנחת חינוך מצוה נ"ה אות א' שכ' בפשיטות דגם שן ורגל פטור בעובד כוכבים ועי"ש עוד במצוה נ"א אות א' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף ב' (ב) **שור** של הפקר כו'. עי' במנחת חינוך שם מ"ש והאריך בזה:

סעיף ג' (ג) **והפקירו** קודם שעמד בדין. בקצה"ח בס"ק א' הק' בהא דפריך הגמרא בפרק המובל ל' ב' וכי קדמוהו ודנו אותו ד"נ ליהדרו ולידיינו אותו ד"מ הא אמרינן בכריתות כ"ד א' שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה משום דאפקורי אפקר לי' וכיון דדנו אותו ד"נ הרי נעשה הפקר ואיך אפשר ליהדרו ולידיינו ד"מ כו' ותי' משום דאיסורי הנאה לא מהני הפקר כלל וכדמוכח בפסחים ה' כו' וכ"כ רש"י בפ' שור שנגח מ"ה ב' כו' אלא דאיה"נ אע"ג דלאו ברשותו קאי אבל בעלים מיהו אית לי' וכמ"ש הריב"ש סי' ת"א כו' וכ"כ הרשב"א בחידושיו בפ' לולב הגזול דאתרוג של ערלה חשוב לכם משום דאית לי' בעלים אע"ג דאסור בהנאה וא"כ הא דהפקירו קודם שעמד בדין פטור היינו משום דבעינן בעלים כו' והא אית לי' בעלים והפקר שלהם לאו כלום כיון דאיסורי הנאה מקרי דבר שא"ב כו' והא דשוהנ"ס כו' כל הקודם זכה היינו דכיון שהוזמו עדיו הרי מעולם לא הי' מאיסורי הנאה וכיון דבעלים הפקירו הרי הפקירן הפקר ואע"ג דיאוש בודאי מהני אפי' בדבר שא"ב כו' דיאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה כו' וראיה מהא דאמרינן במרובה כו' כיון דהו לאו דמארי' עכ"ד. הנה מ"ש בשם הרשב"א בחידושיו לסוכה דאיסורי הנאה אית לי' בעלים ט"ס הוא וצ"ל הריטב"א בחידושיו לסוכה דכן כ' הריטב"א שם אבל הרשב"א בתשובה ח"ב סימן תשמ"ו ובח"ד סי' ר"ב כ' דאיסורי הנאה אינו מקרי שלו. וכן הוא דעת הראב"ד שהביא הריטב"א שם דאיסורי הנאה אינו מקרי שלו וכן הוא דעת הר"ן בע"ז מ"ג א' גבי הא דאמר רבב"ח אריב"ל פעם אחת הייתי מהלך אחר ר"א הקפר בדרך ומצא טבעת ועלי' צורת דרקון כו' דאיסורי הנאה אינו מקרי שלו ועי' בתוספות בסוכה ל"ה א' ד"ה לפי כו' ובריטב"א

בע"ז מ"ב א' ובקידושין ל"ו ב' מ"ש בזה יעוש"ה; אך הריטב"א בסוכה והריב"ש בסי' ת"א הנ"ל ס"ל דאיסורי הנאה מקרי שלו וא"כ דין זה הוא מחלוקת הראשונים אי איסורי הנאה אית לי' בעלים; ובאמת משמע מד' הגמרא בכתובות ל"ד א' ובב"ק ע"א א' דאיסורי הנאה אינו מקרי שלו מהא דקאמר הגמרא שם גבי מעשה שבת למ"ד דאסירי מדאורייתא דדריש מדכתיב קודש הוא כו' אי מה קודש אסור בהנאה אף מעשה שבת אסורין בהנאה ת"ל לכם שלכם יהא אלמא דאלו הי' אסור בהנאה לא הוי שלכם. וכן ראיתי בספר באר אברהם בפסחים ו' א' ד"ה לבתר כו' שהביא ראי' זו יעוש"ה. ומ"ש הקצה"ח הנ"ל דבאיסורי הנאה לא מהני הפקרו כלל כו' עי' בנתיבות בסימן ער"ה ס"ק א' ובברית אברהם חאו"ח סי' כ"ו כ"ז מ"ש והאריכו בזה. ומ"ש דאיסורי הנאה מקרי דבר שא"ב כו' עי' בברית אברהם שם. ובמקור חיים בסימן תל"א בדיני בדיקה וביטול ובחת"ם סופר חאו"ח סימן ק"פ ובתשובות מהרי"א עגזיל סימן ג' ובספר עמק יהושע סימן ו' ובספר ברית יעקב חאו"ח סימן ז' ובספר קרני ראם בריש פסחים ד"ה אור כו' ובספר הפלאות נדרים בנדרים ע"ז ב' ד"ה אמר כו' מ"ש והאריכו בזה ואכמ"ל בזה ואי"ה במק"א אבאר זה באריכות. וקושי' הקצה"ח הנ"ל יש ליישב כמ"ש החת"ם סופר חחו"מ סימן קס"ה ובספר זכר ישעיה ח"ב סימן ב' יעוש"ה ועיי"ש עוד בסימן ג' ובעמק יהושע שם מ"ש בזה ומ"ש הקצה"ח הנ"ל דביאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה כו' כ"כ נמי הנתיבות בסימן רס"ב ס"ק ג' ובדברי משפט שם ס"ק ב' ובתרומות הכרי שם ועי' בעמק יהושע שם מ"ש בזה יעוש"ה:

סימן תח

סעיף א (א) **ובעבדים** כשרים. עי' בסמ"ע ס"ק א' שהביא ד' הטור בשם ר"י שכתב דקמ"ל המשנה דאפי' שור של עובד כוכבים שנגח לשור של ישראל אין דנין אותו אלא בעדים כשרים עכ"ל וכ"כ הרא"ש בספ"ק דב"ק סימן י"ט בטעם הב' ועי' במנחת חינוך מצוה נ"א אות א' שהק' על זה דלא יהא ממונו חמור מגופו כו' והניח בצ"ע והביא ד' הנ"י בפ"ב דיבמות דלא ס"ל כהרא"ש והטור הנ"ל והאריך בזה. וכן הק' בשעהמ"ש ס"ק א' על הרא"ש ועי' לעיל בסימן כ"ח ס"ק ט' מ"ש ליישב קושי' הנ"ל ומ"ש בד' הנ"י הנ"ל והארכתי בזה יעוש"ה ועי' ביש"ש בב"ק שם סימן מ"א שהק' על הרא"ש הנ"ל דאמאי לא נימא בזה כך דנכס וכו' דל"א כך דנכס רק להחזיק אבל לא להוציא והובא דבריו בתוס' רע"א במשניות שם אות י"א ועי' בספר נחל יצחק בסימן ל"א ס"ק א' מ"ש על ד' היש"ש אלו והאריך הרבה בזה ועי' במשנת חכמים בהלכות ע"ז סימן מ"ב ביבין שמועה אות ב' מ"ש בזה:

סימן תי

סעיף א (א) **בור** כו'. עי' במנחת חינוך מצוה נ"ג אות א' ב' ובקונטרס קומץ מנחה שם מ"ש בדין נזקי בור והאריך בזה יעוש"ה:

סעיף לז (ב) **משלם** האידך. עי' בקצה"ח ס"ק ד' שהביא קושי' הטו"א על רש"י שס"ל דבקלב"מ לא מהני תפיסה מסנהדרין פ"ז כו' והאריך בזה ליישב ועי' לעיל בסימן כ"ח ס"ק ו' מ"ש בד' רש"י הנ"ל והארכתי בזה יעוש"ה:

(ג) **אינו** משלם אלא ג' חלקים. עי' בביאורי הגר"א ס"ק כ' ועי' בספר ברית יעקב חחו"מ סימן ק"ה מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן תיט

סעיף א (א) **גובין** מהמטלטלין תחלה. עי' סמ"ע ס"ק א' ובש"ך ס"ק ב' ועי' בתרומות הכרי שהביא ראיה מד' התוספות בב"ק י' ב' ד"ה כגון כו' להש"ך ועי' בביאורי הגר"א ס"ק א' מ"ש בזה:

(ב) **ואפי'** שיש לו כסף כו'. עי' ש"ך ס"ק ג' מה שהשיג על הרמ"ה ועי' בתרומות הכרי שהביא ד' ספר הישר לר"ת שהרגיש בזה וכ' והאי בדל"ל זוזי קמיירי מדכתיב שור תחת השור ועם זה א"ש גם שיטת הרמ"ה עכ"ד ועי' בכתובות פשים בב"ק שם מ"ש בזה יעוש"ה:

סעיף ג' (ג) **מהמטלטלין** של יתומים. עי' ש"ך ס"ק ה' שהביא דעת רבינו אפרים שחולק על הרי"ף וס"ל דבנזקין לא תקנו הגאונים והביא ד' הרא"ש והשיג עליו ועי' בשערי בינה שער כ' דין י"ג אות ל"ד מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

הלכות חובל בחבירו

סימן תכ

סעיף א (א) **עובר** בלאו כו'. עי' במעין החכמה קל"ד ב' מה שכתבתי בזה:

סעיף ב' (ב) **לוקה** כו'. עי' במנחת חינוך מצוה מ"ט אות א' ובמצוה תקנ"ה אות א' מה שכתב והאריך בזה:

(ג) **עבד** כנעני כו'. עי' סמ"ע ס"ק ו' מ"ש ליישב קושי' הב"י ועי' במנחת חינוך שם שהשיג על הב"י דלא ראה ד' הרמב"ם בפ"ב מהלכות רוצח הלכה י"ב שכ' להדיא דבעבד כנעני שלו יש לו רשות להכותו וכבר הקדימו בהשגה זו על הב"י בשערי בינה שער כ' דין ד' אות ב' ועיי"ש עוד במנחת חינוך מ"ש בדין חובל בחבירו והאריך בזה:

סעיף כה (ד) **רואים** כו'. עי' בספר שפת הים ח"ג מסימן א' עד סימן י"ב מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן תכא

סעיף ג' (א) **דאדם** מועד לעולם. עי' במשל"מ בפכ"א מהלכות אישות הלכה ט' ובפי"א מהל' נחלות הל' י"א שחקר לענין אדם המזיק שלא בכונה אי נפטר בשמירה בבעלים וכתב דבדין זה חולקין הרמב"ם והראב"ד והאריך בזה ועי' עוד במשל"מ בפ"ה מהלכות שלוחין הל' ב' מ"ש בזה ועי' בבית מאיר באה"ע סימן פ' שהשיג על המשל"מ והאריך בזה ועי' בספר ברית יעקב חחו"מ סימן ק"ה מ"ש והאריך בזה יעוש"ה:

סימן תכג

סעיף א (א) **דמי** וולדות כו'. עי' במנחת חינוך מצוה מ"ט אות א' מ"ש בדינים אלו והאריך בזה הרבה יעוש"ה:

סימן תכד

סעיף ב' (א) **החובל** בחבירו ביוה"כ כו'. עי' בתרומות הכרי שכתב ליישב קושי' המע"מ בפ' החובל פ"ז על הג"א דס"ל להג"א דלא רבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין אלא לענין לאו דחובל דוקא ולא לגבי לאו אחר והביא ראיה לזה מכתובות ל"ב א' כו' והרמב"ם והטור

ש"ל דאפי' לגבי לאו אחר רבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין כו' והאריך בזה ועי' בהפלאה בכתובות שם ד"ה ואי כו' מ"ש בזה ועי' במנחת חינוך מצוה מ"ט אות א' מה שהשיג על הפלאה והאריך בזה ועי' בספר עין יצחק חאה"ע סימן י"א מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

סעיף ג' (ב) **החובל** כו'. בקצה"ח ס"ק א' הק' בהא דקאמר הגמרא בכתובות ל"ב א' אפי' תימא אחותו נערה ביתומה ומפותה כו' וע"כ היינו מטעם מחילה כו' וכיון דאית בה דין נזק אלא שמחלה ה"ל כמו חובל בעבד כנעני שלו דזוכה הרב מיני' דעבד דה"ל בר תשלומין עכקוש"י. וכ' ליישב עפ"ד השימקו"ב בכתובות בפ' אע"פ כו' ולפי מה שהביא הקצה"ח בעצמו בסימן רמ"ו ס"ק א' ד' השימקו"ב בכתובות ל"ו גבי משל דמפותה כו' לאומר קרע שיראין שלי כו' שכ' דלאו מטעם מחילה רק דהתורה לא חייבה כלל ברצון הניזק כו' א"כ במפותה נמי לא נתחייב כלל ול"ק קושי' הקצה"ח הנ"ל וכן ראיתי במנחת חינוך שם שתי' כן קושי' הקצה"ח הנ"ל יעוש"ה :

סעיף יח (ג) **והגדיל** הקטן. עי' בדברי חיים בדיני נזקי ממון סי' י"א מ"ש והאריך בזה :

סימן תכז

סעיף א (א) **מעקה** לגגו כו'. עי' בגליון ש"ע מהגאון רע"א שהביא ד' המח"א הל' שלוחין סי' י"א שכתב דעל פי פועל עובד כוכבים יכול לברך דפועל כידו כו' ועי' לעיל בסימן קפ"ח ס"ק ב' מ"ש על ד' המח"א והארכתי בזה יעוש"ה ועי' במנחת חינוך מצוה תקמ"ו מ"ש בדיני מעקה והאריך בזה יעוש"ה :

טעות — לתקן דף ל"א ע"ג שורה כ"ב ועי' עוד בתומים בכללי מגו בסימן פ"ב — צ"ל בסי' ע"ב :

לוח השמטות מח"א

דף ד' ע"א שורה ג'. ועי' בס' תפארת יוסף חחו"מ סימן י"א מ"ש והאריך בדין זה יעוש"ה :

דף ה' ע"ד שורה מ"ג. יש שם ט"ס מה שהבאתי משם הנו"ב :

דף ו' ע"א שורה ז'. ועי' בזית רענן ח"ב חאו"ח סי' י"ב ובספר נחל יצחק בסימן א' סעי' ג' מ"ש בזה יעוש"ה :

דף יא ע"ג שורה כ"ד. ועי' בהגהות חכמת שלמה מה שהשיג על השעהמ"ש ועי' לקמן בסימן ע"ב בנתיבות ס"ק מ' ובהגהות חכמת שלמה שם ובנתיבות בסימן קנ"ד ס"ק ו' ובספר נחל יצחק בסימן פ"ז ס"ק י' מ"ש בזה ועי' בתשובות מוהרא"ל מהגאון מפלאצק חחו"מ סימן כ"ד מ"ש פי' על הא דמזקקין לתובע תחלה יעוש"ה :

דף טז ע"ב שורה ל"ג. וכ"כ בשיב משה חחו"מ סימן פ"א דברובא דאיתא קמן ל"א סמוך מיעוטא לחזקה ומיישב בזה הקושי' מב"מ כ"ד ב' הנ"ל והאריך הרבה בזה יעוש"ה :

דף יז ע"א שורה כ"א. ועי' בשיב משה באה"ע סימן ס' בדרך הראשון נתיב י"ט מ"ש והאריך בזה יעוש"ה. ע"ב שורה כ"ע ועי' בנחלת יעקב מהגאון מליסא ח"ב בתשובה ו' מ"ש בזה יעוש"ה :

דף יט ע"ג שורה ל"ה. ועי' בנחלת יעקב בב"מ ו' ב' ד"ה קפץ כו' בהג"ה שם באות ב' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

דף כ' ע"ב שורה מ"ו. ועי' בס' תפארת יוסף חחו"מ סי' א' שכ' להסתפק בב' בע"ד שקבלו עליהם קא"פ לדיינים אם חל על העדים חיוב אליוג"ע והאריך בזה ומסיק דיש על העדים חיוב אם לא יגיד וכ' דזהו כונת המחבר שכ' וראוי להעיד ויש לחבירו תועלת בעדותו עכ"ד ועי"ש עוד בחאה"ע סי' ה' מ"ש לענין אם ע"א מעיד להיפוך אם עובר בלאו"ע והאריך בזה יעוש"ה. ועי' בהגהות חכמת שלמה מ"ש בזה. ע"ד שורה ל"ה. ועי' בס' חוט המשולש בתשובת הגאון ר' חיים שם סי' ג' שכ' דכל שאינם עדים כשרים אע"ג דהם נאמנים כב' עדים מ"מ לא קרינן בהו והוא עד ולא קאי עלייהו ואם לא יגיד כיון שהגיד כו' וגם לאו בכלל ואם לא יגיד ניהו דאף דאם מגידים נאמנים מ"מ אינם מחויבים להגיד כו' וכן הוא דעת הקצה"ח כאן בס"ק ג' ובנתיבות בס"ק א' ועי' במנחת חינוך מצוה קכ"ב אות א' שהשיג על הקצה"ח וכ' דאין גם"ע תלוי בק"ש כו' ועובר באם לא יגיד יעוש"ה :

דף כד ע"ד שורה כ"ז. ועי' בשיב משה חאה"ע סי' ס' בדרך הראשון נתיב ע"ז ובסימן ס"ה אות כ"ו כ"ז כ"ח מ"ש והאריך בזה ועי' בספר פרת יוסף בקו"א מ"ש בזה יעוש"ה :

דף כה ע"ג שורה נ"ג. וכעת ראיתי במהר"ם מינץ סי' י"ב שכ' נמי כן דאף במלקות בעינן התיר עצמו והאריך בזה יעוש"ה :

דף כז ע"ג שורה א'. ועי' בספר תפארת יוסף חאה"ע סימן ע' מ"ש והאריך בזה יעוש"ה :

דף לד ע"ד שורה מ"ב. ועי' בתשובות רע"א הנדפס מחדש סימן ק"ח ובמהר"ם מינץ סימן ע"ו שכ' נמי כן יעוש"ה :

דף נ' ע"ג שורה י"ט. וכן ראיתי בשיב משה חאה"ע סימן ס"ה אות מ"ע שכ' נמי כן דאין ראיה מד' התוספות הנ"ל משום דיכול להשמיט עצמם והיינו כהטערת חכמים הנ"ל ועי"ש עוד באות ט"ז כ"ב כ"ג מ"ש בזה ועי"ש עוד מאות כ' עד אות כ"ו שכ' דטעמא של הבעל העיטור הוא משום דהוי עשאוי"ל כו' דהא כי הוזמו אפסלו משעה שהעידו בראשונה דעד זומם למפרע הוא נפסל וא"כ אגלאי מלתא דכבר פסולין הי' ואין בהם דין הזמה ואף אם לא הוזמו אין עדותן עדות כו' והאריך בזה בדברים נכונים יעוש"ה:

דף נד ע"ב שורה מ"ב. ובספר תפארת יוסף חאה"ע סי' י"ז :

דף נה ע"ב שורה י"ב. וכן ראיתי בס' חוט המשולש הנדפס מחדש בתשובות הגאון ר' חיים סימן י' שכ' נמי כן מסברא דנפשי' דמש"ה בעי בדיקה לחלילה משום דהיכא דיכולין לברורי מבררינן והאריך בזה יעוש"ה וגם הוא לא ראה ד' הרמב"ן והרשב"א הנ"ל ושוב ראיתי בתשובות בית אפרים חאה"ע בת"ע סימן מ"ז שהשיג כן על הגאון ר' חיים מד' הרמב"ן והרשב"א הנ"ל והאריך בזה והביא ד' הנו"ב הנ"ל וגם הביא ד' הט"ז בחאה"ע סימן קנ"ו שכ"כ יעוש"ה :

דף נו ע"ג שורה ל"ג. עי' בס' משנת דר"א שכתב על הסמ"ע בס"ק י"א דלא הי' לו להעתיק כאן ש"ס זו לא קושי' ולא פירוקא דלדינא ניחא ממילא דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כו' והש"ס אליבא דרב פריך וכמ"ש התוס' במקומו עכ"ד ובאמת אין זה השגה על הסמ"ע דכבר כתבתי לעיל בכללי תפיסה סימן ו' דהעיקר כהבעה"מ והתו' בכתובות שם והר"ן בשם הרשב"א בסוגיא דפ"פ דברובא וחזקה מוציאין ממון לכ"ע אף לשמואל ואף התוס' נמי י"ל דס"ל כן והארכתי בזה יעוש"ה וא"כ שפיר ד' הסמ"ע הנ"ל במה שהעתיק ד' הש"ס :

דף נז ע"א שורה י"א. וכעת ראיתי בשערי תורה ח"א כלל א' פרט י"ד שהביא קושי' זו בשם הגאון אב"ד דפיאסק וכ' ליישב והאריך בזה ועי' בהגהות חכמת שלמה ובספר זית רענן ח"ב חחו"מ סימן כ"ה מ"ש והאריך בזה. ע"ב שורה ב'. וכן ראיתי בספר מהר"ם מינץ סימן י"א שהק' קושי' זו והאריך בזה ליישב ומפ"ז כ' שם דצריך לייחד עדים בעת החופה יעוש"ה :

חידושים על שו"ע אבה"ע סימן קנ"ה

משו"ב הרב המאוה"ג המפורסם כו' כש"ת מ' ברוך עין נ"י מאמדור.

סעיף א (א) **כתב** בספר בית מאיר וז"ל והנה ס"ק ה' מביא הב"ש בשם רש"י פ' התקבל דיתומה בחיי אב מתקדשת על ידה למיאון וכן מבואר שם להדיא א"כ לא צריכה לא כח האב ולא כח האם כו' מה שאין כן יתומה בחיי האב דנפקי לגמרי מרשות אבי' אף הקידושין דרבנן הם בידה לבד עכ"ל. ודבריו תמוהים לענ"ד מאד. דהא ברש"י פ' התקבל שהביא הב"ש שם לא נזכר יתומה בחיי האב רק יתומה להוד ע"ש ולפ"ד הב"מ דרש"י שם קאי על יתומה בחיי האב וס"ל לרש"י כמ"ש הב"מ א"כ למה כ' רש"י שם ומתקדשת בקידושי אמה או אחי' לדעתה הא לפי דברי הב"מ בדעת רש"י יתומה בחיי האב אינה מתקדשת רק ע"י עצמה וגם הב"ש ס"ק ה' לא כ' כן בשם רש"י כמ"ש הב"מ בשמו ודברי הב"מ צע"ג. ועי' בס' כתונת פסים ריש פרק בית שמאי עש"ב:

סעיף ב (ב) **בהג"ה** אבל אם נשאת שלא לדעתן א"צ למאן. הב"ש ס"ק ה' כ' בשם הרמב"ם אפי' אם נתקדשה מדעתה בלא דעת אמה ואחי' צריכה מיאון. וכן יש לדייק מרש"י פ' התקבל ס"ה ע"א עכ"ל. ולענ"ד להוכיח מרש"י דלא ס"ל כהרמב"ם אלא כהרמ"א מדכ' רש"י בנדה מ"ו א' דקדשה תוך זמן יתומה מדעת אמה ואחי' לדעתה ושם בד"ה אבל מעיקרא כ' דהא לא הוו בה קידושין גמורים דאין מעשה קטנה כלום הרי דרש"י מיירי שהיא בעצמה קיבלה הקידושין מדכ' רש"י שאין מעשה קטנה כלום ובכ"ז כ' רש"י דקדשה מדעת אמה ואחי' הרי דס"ל לרש"י אפי' היא בעצמה קיבלה הקידושין אינה צריכה למאן רק דוקא אם הקידושין מדעת אמה או אחי' וכהרמ"א:

סעיף ד (ג) **רק** שיהי' בפני שנים. כ' בס' ב"מ כ' הה"מ יש מ"ש דלכתחילה בעינן ג' ואין כן דעת רש"י עכ"ל. ואני א"י היכן ראה כן בד' רש"י אדרבה ברש"י פ' מצות חליצה ק"ו א' כ' וממאנין בית דין נזקקין למיאון עכ"ל הרי שמצריך רש"י למיאון ב"ד וסתם ב"ד הוא שלשה וע"כ כן הוא דהא לגרסת רש"י לא חיישינן לב"ד טועין ולהכי אין ממאנין אלא א"כ שהן מכירין משום דב"ד בתר ב"ד לא דייקי אבל אם נאמר דסגי לכתחילה בשנים א"כ למה א"ר א"מ אא"כ מכירין הא ב"ד לא יסמכו עליהם וכמ"ש הב"ש בס"ק י"א והוה לי' למימר דממאנין אע"פ שאין מכירין והעדים אשר יראו לא יתנו כתוב דמיאנה אלא א"כ דמכירים משום דהשנים דמיאנה בפניהם אין מכירים אותה אלא ודאי דעת רש"י דבמיאון צריך שלשה לכתחילה והוא ב"ד ולפ"ז אתי שפיר גרסת רש"י במימרא דרבא אין ממאנין אלא א"כ מכירין משום דב"ד בתר ב"ד לא דייקי להכי שפיר הלו השנים שראו שמיאנה בפניהם כותבין אע"פ שאין מכירים משום דהשלשה שמיאנה בפניהם בודאי הכירו אותה ולא חיישינן לב"ד טועין שמא טעו השלשה בדין ומיאנה בפניהם אע"פ שלא הכירו' אותה. ולולא דמסתפינא הוה אמינא שדעת רש"י לגרסתו בד' רבא שהלכה כמותו שהוא בתרא יהי' הדין כמ"ש הסמ"ג בשם הל' גדולות דלעולם אינו כשר עד שיהיו שלשה וכמ"ש בשלטי הגבורים ע"ש. ולרב נחמן דאמר הל' כאותו הזוג דכשר בשנים סבר כרב הונא דאמר דממאנין אע"פ שאין מכירים משום דב"ד בתר עדים דייקי. אבל באמת לפי מה דקי"ל הל' כרבא שהוא בתרא לא מתכשר המיאון כי אם דוקא בפני שלשה ומש"ה כותבין אע"פ שאין מכירים משום דלא חיישינן לב"ד טועין וכמו שכתבתי. ועי' נימוקי"י פ' מצות חליצה עשה"ט ודו"ק. איברא מד' הרמב"ם משמע שגרס בפ' מ"א כגרסת הרי"ף ורש"י ולפ"ז לא ידעתי למה פ' הרמב"ם כרב נחמן ולא פ' כרבא שהוא בתרא. ועי' בית מאיר שמיישב קושי' הב"ש ס"ק י"א ולפ"ד יתיישב גם דעת הרמב"ם. אולם בדעת רש"י ליכא הכרח לומר שדעתו כדעת הרמב"ם ולכן ד' הב"מ בשם הה"מ צע"ג. שוב ראיתי בה"ס פ"י מה"ג כ' ואין כן דעת ר"י ז"ל ואתי שפיר. גם הגר"א ז"ל בס"ק ט"ו הוכיח מפירש"י ק"ה ב' דה"מ קמ"ל שס"ל לרש"י כהיש מ"ש עשה"ט והבן:

(ד) **ויש** מ"ש דלכתחלה בעינן שלשה. בנימוקי"י כ' בשם הריטב"א שדייק מד' ר"ח דבדיעבד סגי בשנים אבל באחד אפי' בדיעבד לא. וכ' ע"ז בס' ב"מ בשם תשובת ש"א שכ' להריטב"א אין טעם לדברי ר"ח כי אחרי שא"ל ב"ד מה לי אחד מה לי שנים עי"ש. ותמיהני על הרב ש"א וכי זה הוא דבר חדש הלא גם בפשרה דעת מרן הב"י שדעת הרמב"ם דרק בשנים מהני קנין ואין יכול לחזור אחר הפשרה אבל באחד אפי' קנין לא מהני כמבואר בחו"מ סימן י"ב ס"ז ע"ש וכ"ל דלכן כ' הב"י בשו"ע כאן דעת ר"ח בשם יש מ"ש. ובשו"ע חו"מ שם כ' דעת הרמב"ם בשם יש מ"ש ודעת שאר פוסקים כ' כאן ובחו"מ בסתם משום דנראה להב"י להלכה דעת ש"פ לכן סתם כדעתם. ודעת ר"ח והרמב"ם לא הביא רק כדי לחלוק להם כבוד וכמ"ש הש"ך ביו"ד סימן רמ"ב בהגהות הוראות או"ה סעיף ה' ובחלקת מחוקק ס"א ס"ק א' וז"ב. גם ביבמות ק"ד ב' במשנה ס"ל לר"ש ור"י הסנדלר דגם בחליצה כשר בשני דיינים אבל לא באחד וע"ש ברש"י ותוס' ובנימוקי"י ודו"ק:

סעיף יב (ה) **עי'** ב"ש ס"ק י"ח. וכתב עליו הבית מאיר וז"ל דבריו סותרים זא"ז תחלה כ' לפ"ז אפילו אם ילדה אחר י"ב שנים ולא הביאה סימנים אינה אלא ספק שמא נשרו. וא"כ לענין חליצה לאו גדולה היא ובתר הכי כ' ולענין חליצה אם ילדה בעת קטנותה אפי' בעת גדלותה לא הביאה סי' אין חולצת דאינה אלא ספק שמא נשרו לר"ז ואין מהני אלא למיאון הרי כ' דברים אלו להפוסקים כר"ז ומ"מ דייק לכתוב אם ילדה בעת קטנותה משמע ברור אם ילדה בעת גדלותה דהיינו נתעברה אחר י"ב אפי' לא הביאה סימנים חולצת וזהו כהמ"ב עכ"ל הב"מ ע"ש. ואני אומר אם כונת הב"ש כפי מה שהבין הב"מ הי' לו להב"מ להקשות יותר על הב"ש במ"ש אפי' בעת גדלותה לא הביאה סימנים אינה חולצת. מלשון זה משמע דכל שכן אם הביאה סימנים בעת גדלותה אינה חולצת וזה היפוך הדעת וכי בשביל דילדתה בקטנותה וא"כ בעת גדלותה הביאה סי' מגרע גרע ולא תחלוץ לעולם אתמהה. אלא ברור אצלי דהב"ש לא כ' זה רק משום סוף דבריו דלענין מיאון חיישינן שמא נשרו ולכן כ' הב"ש בתחלת דבריו אפי' בעת גדלותה לא הביאה סימנים א"ח. ומ"מ א"י למאן ולא אמרינן עדיין קטנה היא. ור"ל לא מבעיא אם הביאה סי' בגדלותה ומיאנה טרם שהביאה סימנים בזה פשיטא דאינה יכולה למאן משום דחיישינן שמא נשרו שהרי אנו רואין דדרכה להביא סימנים אלא אפי' לא הביאה סי' בגדלותה מ"מ א"י למאן משום דחיישינן שמא נשרו משום צער לידה וכל זה לגבי מיאון חיישינן שמא נשרו ומחמירינן אבל גבי חליצה אינה חולצת אפי' ילדה אחר י"ב שנים רק שלא הביאה סי' משום דאינה

אלא

אלא ספק וכל ד' הב"ש המה רק משום דקמ"ל דאינה יכולה למאן כן נ"ל בביאור ד' הב"ש כדי שלא יסתור את דבריו זה את זה תוך כדי דבור. ומצאתי בחידושי הרמב"ן שכ' בשם הר"א אב"ד ז"ל כדעת הב"ש ולא כדעת המ"ב וס"ל אם ילדה אחר י"ב שנים ולא הביאה סימנים אינה חולצת. שכ' בחידושיו ליבמות י"ב ב' בד"ה וכדרב זביד וז"ל והרב אב"ד ז"ל פי' דרב זביד לאתויי ברייתא דרבה בר שמואל אתא והק' אין בנים לנערה שהגיעה לכלל בנותיה בלא סימנים ומש"ה תנא שכבר ילדה שאע"פ שגדלה בשנים הרי הן כקטנות כיון שלא הביאו סימנים אלא מפני שילדו אינן ממאנות שאין בנים לנערה בלא סימנים עכ"ל הרמב"ן בשם הר"א אב"ד הרי להדיא דס"ל להר"א אב"ד ז"ל דס"ל לרב זביד דאפי' ילדו אחר י"ב שנים ג"כ אינה חולצת והוא ממש כהב"ש ולא כהמ"ב ועי' קיצור פסקי הרא"ש ביבמות פ' א' סימן ז' עשה"ט. ומצאתי בספר בית מאיר שהזכיר ד' הק"פ הנ"ל ע"ש :

סעיף יד (ו) **הבית** מאיר כ' וא"כ איני יודע למה כ' הב"ש סוף ס"ק כ"ג וביום אחרון של י"ב א"כ לומר דיש לה ב' שערות כו' ע"ש. ואני איני יודע למה הביא הב"מ זה בשם הב"ש להלן ס"ק כ"ג ולא הביא מהמוקדם מדברי הב"ש בסעי' זה ס"ק כ' שכ' ואין הנשים נאמנות כו' ולא הי' לו לדקדק מד' הב"ש אחרי שכ"כ הב"ש כאן להדיא ובמוקדם :

סעיף טז (ז) **שתי** גומות זו בצד זו. לא ידעתי למה כ' זו בצד זו הא הדין בגומות כמו בשערות ובשערות דעת המחבר דאפי' אינן זו בצד זו רק אחת למעלה ואחת למטה ג"כ הוי סימנים שלא כהרמב"ם וכמ"ש הב"ש ס"ק כ"ד בשם הכ"מ וא"כ קשה למה העתיק המחבר כאן בסעיף זה לשון הרמב"ם זה בצד זה ובסעיף י"ז לא כ' כלשון הרמב"ם שצריכים שיהיו במקום אחד וזה כדעתו בכס"מ וכנ"ל. גם לא הבנתי למה לא חלק הכ"מ על הרמב"ם רק בדין השערות ולא חלק ג"כ בדין הגמות. אמנם זה יש ליישב דבגומות הוי סימן דאמרינן מסתמא היו שם שערות ונשרו ולכן לא כ' הכ"מ דעתו בגומות כיון דל' גבי שערות וממילא יהי' הדין כן גבי גומות. אבל זה ק' על המחבר למה סתם כאן כהרמב"ם ובסעיף י"ז סתם כדעתו בכ"מ ואולי משום דהמחבר לקמן סעיף כ"ב פסק דעתה אין אנו בקיאין בגומות כמ"ש הב"ש ס"ק ל"ד ולא נחית בזה לחלק בכאן משום דא"א בקיאים ודו"ק ועי' דברי חמודות פ' בא סימן ס' ד' ועי' מה שאכתוב בס"ד להלן סוף אות ט' יעוש"ה :

סעיף יח (ח) **להנטל** בפי הזוג או לקרוץ בציפורן כו'. הב"ש ס"ק כ"ז כ' להרמב"ם להנטל בפי הזוג הוא שיעור המועט ולהטור כדי לקרוץ בציפורן כו' ע"ש ובטו"ז ס"ק ח' ובאמת לפי' רש"י שלפנינו בנדה נ"ב ב' במשנה שכ' שיהיו ניטלות בזוג שיעורא רבא דכולהו עכ"ל. מלשון זה משמע דגדול אף מכדי לכוף ראשן לעיקרן. איברא רש"ל מחק מלת דכולהו ברש"י. ולפ"ז יהי' דעת רש"י דהוא גדול רק מכדי לקרוץ בציפורן ולא מכדי לכוף ראשן לעיקרן וכ"ד הטור. אולם באור זרוע ח"א סימן תער"ב כ' וז"ל רע"א כדי שיהיו ניטלות בזוג ופירש"י דהיינו שיעורא רבא דכולהו ואר"ח אמר מר עוקבא הלכה כדברי כולן להחמיר. פירש"י משנקרצת בציפורן לא ממאנה שמא גדולה היא לענין חליצה עד דאיכא שיעורא רבא דכולהו עכ"ל מדפירש דלענין חליצה עד דאיכא שיעורא רבא דכולהו ופירש נמי שיעורא רבא דכולהו היינו שתהא ניטלת בזוג הא למדת אע"ג שהשערות כל כך ארוכים שיכול לכוף ראשן לעיקרן אפי"ה לא חלצה עד שיהיו ארוכים שיהיו ניטלים בזוג עכ"ל. גם בקיצור פסקי הרא"ש פרק בא סימן סי' ד' כ' וז"ל ולענין אורך השערות משיהיו נקרצות בציפורן לא תמאן ולא תחלוץ עד כדי שיהיו ארוכים כדי שיהיו ניטלים בזוג עכ"ל. הרי להדיא מד' האו"ז וקיצור פסקי הרא"ש שלפניהם הי' הגרסא ברש"י רבא דכולהו. אמנם בטור אין דעתו כן כמפורש בדבריו. אכן בק"פ הרא"ש כ' כנ"ל וע"כ הי' הגרסא לפניו ברש"י כמו לפני האו"ז ולכן לא אדע מנ"ל לרש"ל בדעת רש"י שס"ל שהשיעור כדי לכוף ראשן לעיקרן הוא השיעור הגדול מכולן וצ"ע. איברא בק"פ לא כ' כמ"ש הרא"ש שם ס"פ ב"ס. כי ברא"ש כתוב כמ"ש בטור ולא כמ"ש בק"פ. ועי' בשו"ת חת"ס סופר חלק או"ח סימן קנ"ד :

(ט) **אבל** אינה חשובה גדולה כו'. הטו"ז ס"ק ח' הביא בשם הב"ח שהק' על השו"ע דהא צריך לבדוק הגומות ואין אנו בקיאין בכך. והטו"ז תי' דעד כאן אין אנו בקיאין בגומות בלא שערות משום דאז צריך לבדוק בגוף כולו וזהו דבר גדול אבל אם יש שערות ולבדוק אם יש גומא במקום השיער פשיטא דאנו בקיאין. וכ"כ הב"ש סימן קס"ט ס"ק י' ובאמת לע"ד הדין עם הב"ח דאף לבדוק אם יש גומא במקום השערות ג"כ אין אנו בקיאין. ומצאתי כן מפורש באור זרוע ח"א סימן תער"ב אות ז' שכ' והיכא שהגיעו לכלל שנותיהם והביאו השערות אלא שאין אנו יודעים אם יש גומות קטנות במקום יציאת השיער מן הבשר פסק רבינו יצחק ב"ר שמואל ז"ל הואיל שאין אנו בקיאים להכיר גומות אם יש ריבוי שיער וגם גדולות באים או באשה שני עכ"ל. הרי מפורש להדיא באור זרוע שאין אנו בקיאים בגומות אף אם יש שיער וכדעת הב"ח. אכן זה משמע מדברי האור זרוע דבעינן תרתי ריבוי שער וגם גדולות. ולכאורה זה סותר למ"ש האו"ז שם באות ט' שכ' וז"ל והיכא דלא ידעינן אם הגיעו לכלל שנותיהם דהיינו שאין אנו יודעים אם יש לזכר י"ג שנים ויום אחד ולנקיבה י"ב שנים ויום אחד פי' ר"י בר"ש זצ"ל שאם הם גדולים הרבה או יש להם שערות הרבה במקום הערוה או בזקן אז אין להסתפק בהם וחולצין עכ"ל. הרי דגם באחד מהם סגי או בגדולות או בשערות הרבה אף שאין אנו יודעים אם הם בני י"ג שנה וכ"ש אם אנו יודעים שהם בני י"ג שנה ויש להם שתי שערות גדולות הרבה או ריבוי שערות דסגי. ובמרדכי פרק מצות חליצה פי' דסגי באחד מהם ע"ש. שוב מצאתי בספר שו"ת בית אפרים חאה"ע סימן ק"ל הביא ככל ד' האור זרוע בשם ספר התרומות והק' ג"כ כי ד' סה"ת סותרים ד' האחרונים הנ"ל. וגם דברי סה"ת סותרים זא"ז וכמו שהקשיתי על האו"ז הנ"ל יעו"ש. ומ"ש הב"א הנ"ל בדה"מ אמנם אם באמת אגיד דלולא מספינא מלהגי' הוה אמינא שטעות ס' הוא הך וגם גדולות באים ובאשה וצ"ל כמו שרגילות באים ובאשה כו' או שחסר לגמרי תיבת כו' כמו שמשמע מדברי המרדכי עכ"ל. ולא ראה הב"א כי בלשון הזה של סה"ת כתוב ג"כ באור זרוע בגוף הס' ובסימנים יעו"ש ובודאי לא נזדקר טעות אחד בספרים שונים. ומ"ש בהגהות הטור סי' קס"ט אות ג' לפרש ד' סה"ת שהביא הב"י ע"ש לא ראה כי באור זרוע כתוב ג"כ כד' סה"ת ולא כ' ריבוי שערות ארוכות הרבה רק כ' שאם הם גדולים הרבה או יש להם שערות הרבה אז אין להסתפק וחולצין וגם במרדכי פרק מ"ת כ' לכן אם יש ריבוי שערות או שערות ארוכות הרבה אין צריך לבדוק יותר. וברור אצלי שט"ס בסה"ת תיבת ריבוי ומצאתי שכ"כ בשו"ת ב"א הנ"ל :

ואגב דאי עסוק בשו"ת ב"א אעיר על מ"ש שם בדה"מ ועתה תמה על הב"ש סימן קס"ט ס"ק ז' וז"ל ומזה למד הב"ש דדוקא בדדין ס"ל בדיקת אנשים ולא בשערות. ולענ"ד זה אינו דז"ל הסמ"ק ויחקרו אם יש להם סימנים כגון שערות שבערוה או הסימנים שלמעלה באים שערות בכ"מ חוץ מן הזקן באשה הדדין שוכבין או מטין והבדיקה של נערה יכולה להיות

להיות בנשים כיון שהוחזקה גדולה בשנים עכ"ל. מבואר להמעיין דמ"ש והבדיקה של נערה כו' אבדיקה שכ' לעיל קאי אשערות או דדין ולאו אדדין בלחוד קאי ואדרבה לד' הב"ש דאדדין לחוד קאי א"כ לא הזכיר כלל דבדיקת שערות די בנשים והדבר פשוט דאכולה מלתא קאי הסמ"ק אלא שהב"ש לא הי' לפניו ס' הסמ"ק עכ"ל הב"ה ע"ש. ובמכת"ה הוא לא ראה דברי הכל בו סימן ע"ז בסדר חליצה מר"י ז"ל שכ' ממש כלשון הזה של הסמ"ק הנ"ל. רק שכ' כגון שתי שערות שבערוה ולפ"ז לא קשה מידי על הב"ש ושפיר הק' הב"ש דמלשון הכל בו משמע דרק לבדוק שתי שערות או דדין אז נשים נאמנות כיון שהוחזקה לגדולה בשנים; אבל אם לא הוחזקה לגדולה בשנים אז נשים אינם נאמנות אבל לבדוק אם יש שערות הרבה נשים נאמנות אפי' לא הוחזקה גדולה בשנים. ועל זה מקשה הב"ש שפיר דאם נאמר דנשים נאמנות משום דהוי מלתא דעבידא לגלויי א"כ להוי נשים נאמנות אף לבדוק אם יש לה שתי שערות משום דהוי מלתא דעל"ג ואף אם לא הוחזקה בשנים להוי נשים נאמנות ועש"ה ודו"ק:

ועי' בשו"ת נודע ביהודה קמא אהע"ז סימן ל"ג שהשיג על הב"ש והב"ח והט"ז שלדעתם בגומות בלי שערות לכ"ע אין אנו בקיאים והוכיח הוא מסה"ת דאין אנו בקיאים בגומות אבל אם אנו רואין גומות פשיטא שלא נכחיש חוש הראות שלנו ע"ש ותמה על הב"ח וכי בשביל חסרון בקיאות הגומות בעי סה"ת ריבוי שערות הלא לא בעי ריבוי שערות רק בשביל שלא נצטרך עדות על השנים עכ"ד. ובמכת"ה לא דק במרדכי פרק מ"ח כ' אעתיק מסה"ת ה"ח כו' אבל אם הוחזקו גדולים ע"פ השכנים סגי בכך ואע"ג דאר"י ב' שערות שאמרו צריך שיהי' בעיקרן גומות ואין אנו בקיאים בגומות לכן אם יש ריבוי שערות או שערות ארוכות הרבה אין צריך לבדוק יותר עכ"ל. הרי שמצריך סה"ת ריבוי שערות או ארוכות אף שהוחזקו לגדולים בשנים מ"מ בשביל שאין אנו בקיאים בגומות לכן בעינן ריבוי שערות. גם מ"ש בשו"ת נו"ב הנ"ל ואין לומר שהחילוק הוא ביודעים שהוא בן י"ג שנה מהני ריבוי שערות קטנות ובלא ידוע שהוא בן י"ג בעינן ריבוי שערות גדולות קלא דהרי בסה"ת לא נזכר רק ריבוי שערות סתם עכ"ל הנו"ב ע"ש וגרם לו שלא ראה ד' האור זרוע הנ"ל שלא נדפס עדיין בימי הגאון הנו"ב והוא שבאות ז' כ' בעינן ריבוי שערות וגם גדולות ובאות ט' כ' שאם יש להם שערות הרבה או גדולים הרבה. ולכאורה דבריו סותרים זא"ז ועכ"פ פי' דברי האור זרוע באות ז' מיירי שידוע שהוא בן י"ג שנה לכן לא בעינן שיהי' גם גדולות הרבה ובאות ט' מיירי שלא ידעינן שהוא בן י"ג שנה לכן בעינן שיהיו גם גדולות הרבה ומש"ה באות ז' כ' גדולות ולא כ' הרבה משום דלא בעינן רק שיהא גדולות קצת כשיעור לחליצה ובאות ט' כ' גדולות הרבה ועכ"צ לכמו שפירשתי ובזה יתיישב מה שהק' הנו"ב על הב"ח עשה"ט ותבין. ובשו"ת בית אפרים הנ"ל בד"ה וראיתי נתלבט בדברי סה"ת שסותר ד' עצמו ולפי מה שכתבתי אתי שפיר וקצרתי ודו"ק. ועי' בשו"ת מים חיים אהע"ז סימן ע"ו בד"ה וראיתי בשו"ת הג' מהרא"ז מרגליות שכ' אמנם מ"ש הב"ח דאף שיעור כפיפה אין צריך זה תימא שהרי מבואר מד' הטוש"ע סימן קנ"א דבעינן ריבוי שערות וגדולות כדי לכוף ראשן לעיקרן עכ"ל ע"ש. ולדעתי אין זה קושי' כל עיקר על הב"ח דפשוט אצלי דדוקא גבי גט החמיר הטוש"ע כו' עכ"ל המ"ח ולא ראה ד' האור זרוע הנ"ל דגם לגבי חליצה בעינן ריבוי שערות וגם גדולות וזהו ממש כמ"ש הג' מהרא"ז"מ בשו"ת ב"א ואף שכבר הבאתי מד' האו"ז בעצמו באות ט' שדעתו באחת סגי וכ"כ המרדכי היינו דלא בעינן ריבוי שערות וגם גדולות הרבה כמו שרגילות באיש גדול אבל זהו ודאי בעינן שיהי' כדי לכוף ראשן לעיקרן שזהו גדולות לחליצה לכל הפוס' וכן מדוקדק לשון מרדכי בפ' מצ"ח שהעתיק לשון סה"ת ודו"ק. ועי"ש עוד בשו"ת מים חיים שם בד"ה ועוד שהשיג על הג' רא"ז מרגליות ממ"ש בטוש"ע סימן קמ"א הוא רק אם אין השנים ידועות רק על פי האב אבל אם אמרו שני אנשים שהוא בן י"ג שנה בודאי דגם הג' מהרא"ז מודה דאין צריך בריבוי שערות כדי לכוף ראשן לעיקרן עכ"ל המ"ח גם בזה לא כיון להלכה לע"ד שהרי באור זרוע שדבריו סותרים מאות ז' לאות ט' ע"כ צ"ל החילוק שכתבתי לעיל והבית אפרים ודו"ק:

שבתי וראיתי לפמ"ש הנו"ב דאין אנו בקיאים בגומות הוא רק לומר שאין כאן גומות בודאי אבל אם אנו רואים גומות פשיטא שלא נכחיש חוש הראות שלנו. והוכיח כן מלשון סה"ת. וה"ה שהעתיק המחבר בסעיף כ"ב לפי דבריו אלו הדרא קושיתי לדוכתה שהקשיתי לעיל אות ז' על המחבר למה לא כ' אם יש גומות אפי' שאינן זו בצד זו כמו שסתם כדעתו בסעיף י"ז הוה לי' לכתוב כן גם בדין הגומות ולא שייך תירוצי שכתבתי שם לפ"ד הנודע ביהודה הנ"ל הדרא קושיתי על השו"ע לדוכתה ודו"ק:

סעיף כב (ו) **הב"ש** ס"ק ל"ג כ' ול"ד למ"ש ס"ס קמ"ו כו' וכתב עליו בספר בית מאיר לע"ד בלא דבריו אינו דומה מי שאי"ל גט משני למי שצריכה וכצ"ל בשם הטור בחוטף מדאין צריכה גט משני מותרת להראשון עכ"ל. ולענ"ד ד' הב"ש מוכרחים דכ' בשם הס"ג דכופין השני לגרשה כדי שלא יהא חוטא נשכר ומותרת לראשון. הרי דאינו תולה במה שצריכה גט מהשני וכמ"ש הס"ג לכן הוכרח הב"ש לתירוצו. אמנם הנימוק"י בפ' האשה שהלך על המשנה א"ל מת בעלך ונתקדשה כ' הנ"י ומותרת לחזור לראשון כיון שאי"ל גט איגלאי מלתא לכ"ע דעדיין לא נתקדשה עכ"ל. מדבריו אלו של הנ"י משמע כד' הב"מ דזה תלוי אם צריכה גט משני אסורה לחזור לראשון ואם אי"ל גט משני מותרת לחזור להראשון. וכן נראה מד' הרמב"ן בחידושיו ליבמות פ"ע א' עש"ה וכ"כ גם מד' הטור. ולפ"ז שפיר כ' הב"מ על הב"ש. אמנם כד נעיין שפיר הדין עם הב"ש שלא הי' יכול לתרץ תירוצו של הב"מ על ד' הרמב"ם ושו"ע משום דמרן הב"י בבדק הבית סימן קנ"ט הוכיח מדברי הרמב"ם דס"ל אף שאי"ל גט משני מ"מ אסורה לחזור לראשון אף דליכא למיחש שיאמרו החזיר גרושתו משנשאת מדאי"ל גט משני וידעו שבטעות נשאת ובאמת כ"ה שם דעת הרא"ש והטור. אבל דעת הרמב"ם והשו"ע שם דאסורה לחזור לראשון והטעם משום קנסא דנשאת לאחר ועבדא איסורא. וע"ש בב"ש ס"ק י' ובסימן ט"ו בב"ש ס"ק כ"ג. ולפ"ז שפיר הק' הב"ש כאן דברי הרמב"ם והשו"ע אהדדי ולא הי' יכול לתרץ כמ"ש הב"מ משום דאי"ל גט מהשני לכן מותרת לחזור להראשון. דהא להרמב"ם והשו"ע אף היכא שאי"ל גט מהשני ג"כ אסורה להראשון וכנ"ל. לכן הוכרח הב"ש לתירוצו וזה ברור:

ולפי מה שכתבתי גם מ"ש הב"מ בסוף סימן קמ"ו על דברי הב"ש ג"כ כמ"ש כאן ג"כ לק"מ על הב"ש. ולפי ענ"ד אולי יש לומר דמ"ש הב"ש בסימן י"ז ס"ק ק"ע מחלוקת הרש"ך והרשד"מ עי"ש יהי' מחלוקת הראשונים הרא"ש וסייעתו עם הרמב"ם ז"ל אכן הרשד"ם הוכיח שגם דעת הטור דמותרת ע"ש. אמנם לא הזכיר לא דברי הרמב"ם הנ"ל ולא מד' ס"ג הנ"ל ועי' מ"ש שם הב"מ בשם חידושי הרשב"א ז"ל. גם מ"ש הב"מ שם בפי' הרמב"ם על המשנה שנסתפק בפירושו ורצה להגיד בדבריו ע"ש. לא ראה בשו"ת הרשד"ם הנ"ל שמפרש דברי הרמב"ם על נכון ולא הגיה כלום בדברי הרמב"ם יעוש"ה

עוש"ה . ולדעתי יש לומר דבזה שנחלקו הרשד"ם ורש"ך הנ"ל נחלקו גם הב"ה עם הט"ז . עי' ט"ז סימן קס"א ס"ק א' וב"ש שם ס"ק א' ודו"ק שקצרתי :

בסימן קעח

סעיף יד **בא** ע"א והעיד שנטמאה כו' . והק' הב"ש מה נ"מ בזמה"ז כמה דאמרינן דע"א שנטמאת הו"ל כשני עדים אחר קינוי וסתירה הרי בלאו הכי נאסרה בקינוי וסתירה . ולענ"ד דנ"מ רבה הוא אף בזמה"ז והמחבר אזיל לשיטתי' נכן הוצרך להביא ד"ז כי המחבר לעיל בסימן קע"ג סעיף י"א פסק כדעת הרמב"ם אם זינתה ודאי דינה כדין ערוה והיא וצרתה פטורה מן החליצה ומן היבום אבל ספק זינתה היא חולצת ולא מתייבמת וצרתה או חולצת או מתייבמת ולפ"ז בסוטה לאחר קינוי וסתירה לבד אם מת הבעל בלא בנים צריכה חליצה וצרתה יכולה להתייבם אבל אם העיד ע"א שנטמאה הוה לה כזינתה ודאי וכמ"ש הרמב"ם בפ"א מהל' איסו"ב הל' כ"א שאם בא עלי' כהן לוקה משום זונה אבל אם נסתרה לפני שני עדים ולא העיד ע"א שנטמאה אינו לוקה משום זונה . נמצא לפ"ז אם העיד ע"א שנטמאה מחזיקינן לה בודאי זינתה : וא"כ אם מת הבעל אינה צריכה חליצה לא היא ולא צרתה . ושפיר הוצרך מרן המחבר להשמיענו דין זה אף בזמן הזה נ"מ בע"א שהעיד שנטמאה . ועי' בחידושים על ש"ע אבהע"ז הנספח במשניות עם תפארת ישראל בסוף סדר נשים :

הקונטרס הזה העליתי פ"ק **אמדור** בירח מנ"א שנת תרכ"ד . אנכי הצעיר בעמי **ברוך** במוהר"ר **אליהו** ז"ל
ע י ן מילידי סוויסלאָץ יע"א :
בעהמ"ס **דבר מצוה** על ס' המצות להרמב"ם :



